Unterhaltsrecht
im
Falle der Ehescheidung

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

juristischen Fakultät der Universität Rostock

eingereicht von

Johann Meyer,
Referendar am Amtsgerichte in Hildesheim.

Hildesheim 1912
Druck von August Lax

Inhalt.

Literaturverzeichnis.

Achilles-Greif, Kommentar zum BGB. 6. Aufl. 1909.
Archiv für civilistische Praxis.
Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts (Gruchot).
Bock, Hugo, Die gegenseitige Unterhaltspflicht der Ehegatten.
Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, 2. Aufl.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerl. Rechtes, 4. Aufl.
Davidson, Recht der Ehescheidung nach BGB. 1900.
Denkschrift zum Entwurfe eines BGB. 1896.
Dernburg, Das bürgerliche Recht IV. Halle 1903.
Dernburg, Pandekten, III, 4. Aufl. 1894.
Eger, Kommentar zum Haftpflichtgesetz, 7. Aufl.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, 3. bis 5. Aufl.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entwürfe eines BGB. 1. und 2. Lesung, Reichstagsvorlage und Bundesratsvorlage.
Erler, Ehescheidungsrecht und Ehescheidungsprozeß 1900.
Fischer-Heule, Kommentar zum BGB. 1909.
Gaup-Stein, Kommentar zur ZPO. 1909.
Haidlen, Kommentar zum BGB. 1897.
Jacobi, Das persönliche Eherecht.
Iherings Jahrbücher.
Juristenzeitung. deutsche.
Kommentar des BGB., herausgegeben von Reichsgerichtsräten, 1910.
Lotz, Unterhaltsanspruch der Ehegatten. Rostock 1905.
Motive zum Entwurfe eines BGB. 1895.
Neumann, Jahrbuch des deutschen Rechtes 1902—1910.
Neumann, Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen 1910.
Neumann, Handausgabe des BGB. 4. Aufl. 1905.
Opet und v. Blume, Kommentar zum Familienrecht. 1906.
Patek, Arthur, Die Wirkungen der Ehescheidung und der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach dem BGB. Frankfurt 1902.
Petersen, Kommentar zur CPO. 6. Aufl. 1911.
Planck, Kommentar zum BGB., IV, 1906.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes eines BGB. 1897—99, herausgegeben von Achilles, Gebhard und Spahn.
Recht, das, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
Rechtsprechung der OLG.
Sauer, Das deutsche Ehescheidungs- und Eheschließungsrecht. München 1909.
Scherer, Kommentar zum BGB. 1897—1904.
Scheppler, Die Alimentationspflicht der Ehegatten 1909.

Schmidt, Familienrecht, I. Teil, 1907.
Seufferts, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe.
Sohm, Institutionen des römischen Rechtes, 11. Aufl.
Sörgel, Rechtsprechung, 1900—1910.
Staudinger, Kommentar zum BGB. IV, 1909.
Stobbe-Lehmann, Deutsches Privatrecht, III. Aufl.
Sturm, Die rechtliche Stellung der geschiedenen Ehegatten nach bürgerlichem Rechte 1907.
Sydow-Busch, Kommentar zur ZPO., 11. Aufl., 1908.
Titze, Familienrecht, 1906.
Toop, Die Ehescheidung und Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach BGB. 1908.
Verhandlungen des XX. Deutschen Juristentages 1889.
Walter, Das Recht der Ehescheidung. Inaug.-Diss. Erlangen, 1897.
Windscheid, Pandekten, II, 6. Aufl. 1887.
Wochenschrift, juristische.

A. Unterhaltsrecht der geschiedenen Ehegatten im Verhältnisse zueinander.

I. Geschichtlicher Überblick.

Nach römischem Recht beruht die Scheidung der Ehe auf einer Vereinbarung der Ehegatten oder auf einer Willenserklärung eines Teiles. Beides wird in den Quellen divortium genannt.[1]) Um die Scheidung aber herbeizuführen, bedarf es noch der Form des ausdrücklichen Erklärens dieses Scheidungswillens. Dieses besteht in dem repudium mittere (dare). Konnte so die Ehe durch das grundloseste repudium aufgelöst werden, so wurde doch schon früh die grundlose Aufkündigung der Ehe mit Strafen bedroht. Ebenfalls aber waren Strafen darauf gesetzt, wenn der eine Teil durch sein Verhalten dem anderen Grund zur Scheidungserklärung gegeben hatte. Ulpian[2]) gibt diese Ehescheidungsstrafen für die schuldige Frau auf Abzüge von der dos, für den schuldigen Mann auf sofortige Zurückerstattung der Dotalgegenstände bezw. auf Zurückerstattung mit den Früchten der letzten drei Jahre an. Ganz besonders ließen die christlichen Kaiser[3]) es sich angelegen sein, die grundlose Ehescheidung durch Strafen zu hintertreiben. Darnach soll der schuldige Mann die donatio ante nuptias und die dos sofort an die Frau herausgeben, während die schuldige Frau ihre dos an den Mann verlieren soll. Sind jedoch Kinder vorhanden, so erhalten diese das Eigentum des aus dem Vermögen des Schuldigen Erlangten, während dem unschuldigen Ehegatten daran der Nießbrauch zusteht. Justinian[4]) vervollkommte diese Bestimmungen, indem er für den Fall, daß keine dos oder keine donatio propter nuptias bestellt wäre, für den schuldigen Teil den Verlust eines Viertels vom

---

[1]) Windscheid § 510, Dernburg, Pandeken III § 26, Sohm, Institutionen § 97 S. 468, Brie, Rechtsgutachten, S. 235 ff.

[2]) Ulpiani fragmenta IV 10 u. 13.

[3]) Gesetz von Theodorius II u. Valentinian III von 449.

[4]) I 11 C 5, I7.

Vermögen — bis 100 Pfd. Goldes — festsetzte. Besonders schwere Verfehlungen erhöhten die Strafe um ein Drittel.

Alle hier angedrohten Vermögensnachteile tragen im wesentlichen den Stempel der Privatstrafe. Erst daneben und in zweiter Linie ist an eine billige Entschädigung für die durch die Ehescheidung entgangenen Vorteile oder gar an Ersatz der ehelichen Alimentation zu denken.[1])

Nach deutschem Recht soll bei Annullierung einer formell gültig geschlossenen Ehe die Frau ihre Leibzucht behalten, auch das Gebäude, welches auf dem Grundstück steht, ferner den Mußteil und das Gerade. Es werden also die Vermögensverhältnisse der Ehegatten so geregelt, als wenn der Ehemann gestorben ist. Ein Unterschied ist freilich zu bemerken, daß die Frau nicht die Morgengabe oder doch wenigstens nicht die Gebäude der Morgengabe erhält.[2])

Tritt dagegen die separatio quoad mensam atque thorum ein, so verliert der Schuldige sein Recht am gemeinsamen Vermögen. Dieses erhält der Unschuldige, hat aber den schuldigen Teil zu alimentieren.

Begünstigt durch das kanonische Recht, welches für den Fall der separatio quoad mensam atque thorum die römischen Ehescheidungsstrafen zur Anwendung brachte, wurden die römischen Bestimmungen in Deutschland rezipiert.

Doch zeigen sich in der gemeinrechtlichen Praxis und in den einzelnen Partikularrechten mancherlei Verschiedenheiten.

Im allgemeinen sind die Bestimmungen des Justinianeischen Rechtes übernommen. Doch wenn sie im römischen Rechte in erster Linie den Charakter der Privatstrafe trugen, so werden sie im gemeinen Recht mehr unter den Gesichtspunkt der Entschädigung des unschuldigen Ehegatten gestellt.

So gab eine Richtung im gemeinen Recht der unschuldigen Frau für den Fall, daß ihr Vermögen für ihren Unterhalt nicht ausreicht, den Anspruch auf Unterhalt gegen den Mann, jedoch der überwiegende Teil der Praxis erkannte einen solchen Alimentationsanspruch nicht an.[3])

Noch mehr Schwankungen finden sich in den einzelnen Partikularrechten.[4]) Sie schließen fast sämtlich insoweit an

[1]) Sachsenspiegel III 74.

[2]) Stobbe-Lehmann IV § 311.

[3]) Dafür SA. 12 Nr. 40 25 Nr. 135. Dagegen SA. 13 Nr. 146, RG. 8 186, 12 193 26 193.

[4]) Motive IV S. 613 ff.

das römische Recht an, als sie dem schuldigen Ehegatten vermögensrechtliche Nachteile auferlegen. Im einzelnen ist Form und Charakter verschieden.

Manche lassen den Richter nach Gutachten die Strafe bestimmen. So das Gothaische Recht. Oder die Strafe wird nach dem Maß der Schuld bestimmt. So das preußische ALR., das württembergische und bayrische Landrecht. In Bremen, Fulda usw. bekam der unschuldige Teil bei der Gütergemeinschaft das gemeinsame Vermögen, hatte dafür den Schuldigen zu alimentieren. Viele Rechte ließen den Gedanken des Sachsenspiegels wieder aufleben. Sie stellten in den Vordergrund den Verlust des Erbrechts und so ließen sie dann den unschuldigen Teil nach der Scheidung so dastehen, wie wenn der Schuldige gestorben. So die bayrischen Statuten, die Altenburger Eheordnung und das ALR. Das letztere enthält sehr ausführliche Bestimmungen. Statt der Privatstrafe ($^1/_6$—$^1/_4$ Vermögensverlust) kann der unschuldige Teil Alimentation verlangen. Kann der Schuldige nichts leisten, so verfällt er einer Freiheitsstrafe. Ähnlich ist es nach Gothaischem Recht.

Im Gegensatze zu den bisher besprochenen Rechten stand das französische Recht und das sächsische BGB. Hier sind vermögensrechtliche Nachteile fast völlig beseitigt. Der unschuldige Ehegatte hat hier nur den Anspruch auf eine Unterhaltsrente und auch diesen nur im Falle des Bedürfnisses.

Dem prinzipiellen Standpunkte dieser Gesetze hat sich das BGB. angeschlossen.

Vor allen Dingen hat das BGB. eine Strafbestimmung wie die des preußischen ALR. nicht aufgenommen, da, wie die Motive sagen, „das dem Entwurfe zu Grunde liegende Prinzip der Relativität der meisten Scheidungsgründe die Scheidung gegenüber der Mehrzahl der bestehenden Rechte erschwert hat und das Prinzip der Relativität in Verbindung mit dem Prinzipe der freien Beweiswürdigung und dem das Verfahren in Ehesachen beherrschenden Offizialprinzip dem Richter ausreichende Mittel an die Hand geben, um Mißbräuchen entgegen zu treten."[1]) Gleichwohl treffen auch nach BGB. den für schuldig erklärten Ehegatten Nachteile, die an die Strafbestimmungen früherer Rechte erinnern. So darf nach § 1584 BGB. der unschuldige Ehegatte alle Schenkungen widerrufen, ferner wird

[1]) Motive IV S. 616.

ihm nach § 1635 wenigstens prinzipiell die Sorge für die Person des Kindes zugesprochen.

Im übrigen hat das BGB. die Vermögensstrafen und Entschädigungen fallen lassen und für den schuldigen Ehegatten eine Unterhaltspflicht des unschuldigen normiert. Diese Unterhaltspflicht ist in den §§ 1578 ff. BGB. geregelt.

II. Rechtliche Konstruktion des Unterhaltsanspruches aus § 1578 f.

Nach den Motiven[1]) haben in der Hauptsache Billigkeits- und Zweckmäßigkeitsgründe dazu geführt, dem unschuldigen Ehegatten nach der Scheidung einen Unterhaltsanspruch zu gewähren. Einmal sei die Rücksicht auf das bereits in einem großen Teile von Deutschland geltende Recht bestimmend gewesen und andererseits seien Erwägungen der Billigkeit gegen den unschuldigen Ehegatten, der sonst aus einer versorgten Stelle mittellos ins Ungewisse getrieben wäre, maßgebend gewesen. Schließlich hätte auch noch das öffentliche Interesse insoweit mitgesprochen, als dieses erfordere, daß nicht allzu viel unversorgte geschiedene Ehegatten der öffentlichen Armenpflege zur Last fielen.

Daß diese Unterhaltspflicht aber nicht nur eine Form ist, unter der die alte Entschädigung oder Vermögensstrafe wieder auflebt, darüber sind alle Schriftsteller einig. Diese Einigkeit der Ansichten besteht aber nur insoweit, als die Unterhaltspflicht nach dieser negativen Seite hin abgegrenzt wird. Im übrigen und besonders in positiver Richtung herrscht über den rechtlichen Charakter der Unterhaltspflicht lebhafter Streit.

Die Motive[2]) bezeichnen ihn als eine auf Billigkeit beruhende Nachwirkung der Ehe.[3]) Das wird im allgemeinen richtig sein. Doch hat dieser Ausdruck bei manchen Schriftstellern zu irreführenden Erklärungen geführt, so daß sie zu dem Ergebnis kommen, der Unterhaltsanspruch sei eigentlich nichts anderes, als ein Fortbestehen des ehelichen Unterhalts-

---

1) Motive IV S. 617.

2) Motive IV S. 617.

3) Vgl. RG. 62 S. 295 u. JW. 06 S. 140, wo auf die Denkschrift Bezug genommen wird.

anspruches, als ein „Rest" desselben.[1]) Ja, Opet[2]) meint sogar, am einfachsten erkläre sich dieser Unterhaltsanspruch als ein Rudiment der die Ehe für unlöslich erachtenden kanonischen Auffassung. Ähnlich äußert sich Toop.[3]) Den letzteren Schriftstellern ist zu entgegnen, daß die Gesetzgebung des BGB. bewußt und scharf mit der Auffassung der katholischen Kirche bei der Eheschließung und der Scheidung gebrochen hat, daß man darum dem Gesetzgeber nicht auf einmal Motive unterschieben kann, die er kurz vorher energisch zurückgewiesen hat.

Der Unterhaltsanspruch ist aber auch keine Fortsetzung oder Beschränkung[4]) des ehelichen Unterhaltsanspruches. Während dieser seinen Grund und Ursprung in der ehelichen Lebensgemeinschaft hat und mit der Scheidung untergeht, entsteht erst durch die Scheidung der neue. Die Tatsache der Scheidung allein genügt aber noch nicht für das Entstehen des neuen Unterhaltsanspruches. Es muß vielmehr noch hinzukommen, daß ein Teil für schuldig erklärt wird. Werden beide Ehegatten für schuldig erklärt, so gelangt ein neuer Unterhaltsanspruch überhaupt nicht zur Entstehung. Des weiteren aber unterscheidet sich dieser neue Unterhaltsanspruch von dem ehelichen, daß er nur einseitig — es kann nur ein Teil immer berechtigter und einer immer verpflichteter sein — zur Entstehung gelangt, während der eheliche sich als ein wechselseitiger charakterisiert, bei dem die Verpflichtung der Ehefrau dem Ehemanne gegenüber eine subsidiäre ist.

Hieraus ergibt sich, daß diese beiden verglichenen Unterhaltsansprüche grundverschieden sind. Ja, man ist sogar so weit gegangen und hat dem nachehelichen Unterhaltsanspruche im Gegensatze zu dem ehelichen den familienrechtlichen Charakter abgesprochen. Die Motive[5]) tun es ohne weiteres. Und in der Tat, es sprechen schwerwiegende Gründe gegen die Auffassung eines Familienrechtsanspruches. Einmal gelangt der Anspruch aus §§ 1578 ff. nur bei Schuldigerklärung eines Teiles zur Entstehung. Das erinnert sehr an die culpa des Obligationenrechtes, wie man denn auch die Schuldigkeits-

---

[1]) Schmidt zu § 1578 1 b β, ähnlich auch Planck zu 1578, ebenso Scheppler S 21 und Toop S. 20.

[2]) Opet, Familienrecht, 1 zu 1578.

[3]) Toop S. 20, indem er sagt, diese nacheheliche Unterhaltspflicht beweise klar, daß dem Gesetz eine absolute Auflösung der Ehe unbekannt sei.

[4]) OLG. 21, S. 241.

[5]) Motive IV S. 619.

erklärung beider Teile als ein konkurrierendes Verschulden auffassen könnte.

Weiter spricht der § 1580, Abs. 2 und vor allem Abs. 3 gegen den familienrechtlichen Charakter des hier geregelten Unterhaltsanspruches. Denn wenn durch eine beliebige Kapitalabfindung, ja durch einen Verzicht[1]) die Bestimmungen der §§ 1578 ff. ausgeschaltet werden können, dann verlieren diese Bestimmungen dadurch den zwingenden Charakter und der Vertragsfreiheit des Obligationenrechtes wird freie Bahn gemacht. Damit aber ist es möglich geworden, nicht allein durch Verzicht und Kapitalsabfindung die Bestimmungen der §§ 1578 ff. außer Kraft zu setzen, sondern jede einzelne Bestimmung unterliegt damit der freien vertragsmäßigen Regelung[2].) Ja erst wenn die Vereinbarungen der Ehegatten nicht vollständig sind, werden sie durch die Vorschriften des Gesetzes ergänzt.[3]) Weiter spricht gegen den familienrechtlichen Charakter des Unterhaltsanspruches nach § 1578 der Umstand, daß er kein Familienverhältnis zur Ursache hat, sondern lediglich dessen Aufhebung.

Die Bestimmungen der §§ 1581, 82 dafür anzuführen, halte ich für zweifelhaft, da es bei diesen positiven Bestimmungen sich um Ausnahmen handeln kann.[4]) Ausschlaggebend für den familienrechtlichen Charakter des Unterhaltsanspruchs nach § 1578 f. sind lediglich die §§ 1608, 1609. Hier behandelt der Gesetzgeber beim Unterhaltsanspruch im Kreise der näheren und entfernteren Verwandten den geschiedenen Ehegatten noch immer in gleicher Linie mit dem nicht geschiedenen Ehegatten an erster Stelle. Wenn der Gesetzgeber auf diese Weise dem geschiedenen Ehegatten noch immer die Stellung eines Familienmitgliedes gibt und seinen Anspruch nicht anders als den eines Familienangehörigen behandelt, so ist dadurch erwiesen, daß dem Unterhaltsanspruche

---

[1]) Scherer IV, Nr. 482, Davidson S. 128 u. Lotz S. 60 glauben, daß ein solcher Verzicht nicht ohne weiteres gültig sei. Davidson meint, er dürfe nicht unentgeltlich sein, Lotz, es dürfe keine wesentliche Veränderung in den Verhältnissen eintreten, da unter dieser Voraussetzung der Vertrag abgeschlossen sei und Scherer endlich meint, auch ohne ausdrückliche Bestimmung müsse § 1614 angewendet werden. Ihnen ist entgegenzuhalten, daß das Gesetz absichtlich zwischen der analogen Anwendung des § 1613 und § 1615 § 1614 nicht erwähnt. Trotzdem aber diese Bestimmung ganz oder zum Teil anwenden, hieße ohne ersichtlichen Grund gegen das Gesetz verstoßen.

[2]) Schmidt § 1578 2 g, Planck, Vorb. II 6 zu § 1564, Opet 12 zu 1578, Davidson 3128, Sauer 1580 IV, Scherer S. 22.

[3]) Davidson S. 128 u. Schmidt a. a. O.

[4]) Gruchot Bd. 39 S. 906 Nr. 52.

des geschiedenen Ehegatten auch noch ein familienrechtlicher Charakter zukommt.[1]) Wenn er auch von noch so schwacher Bedeutung ist, er besteht. Und wenn ihm gegenüber die obligationenrechtlichen Normen so sehr in den Vordergrund treten, daß die Bestimmungen der §§ 1578 ff. nur noch dispositiven Charakter tragen, so liegt dies einmal daran, daß bei den vermögensrechtlichen Normen des Familienrechtes diese naturgemäß mehr in die erste Linie rücken, dann aber auch daran, daß, da das öffentliche Interesse an ihnen gering ist, sie der Privatdisposition überlassen werden können. Wenn die Motive demgegenüber den familienrechtlichen Charakter leugnen, so beruht dies in erster Linie auf dem Umstand, daß die Motive unter einem Familienrechtsanspruch ein Zustandsrecht zwingender Natur verstehen, das der privaten Regelung entzogen ist.[2])

Ob der Anspruch aus § 1578 f. ein Familienrechtsanspruch ist oder nicht, ist vom praktischen Wert für die Frage der Verjährung, da nach § 194 ein Anspruch aus einem familienrechtlichen Verhältnis der Verjährung nicht unterliegt. Der Anspruch aus § 1578 f. verjährt darum bei seinem familienrechtlichen Charakter nicht.

III. Inhalt des Unterhaltsanspruches.

a) Voraussetzungen im allgemeinen.

Die Grundlage für den Unterhaltsanspruch aus § 1578 ff. ist ein rechtskräftiges Scheidungsurteil, in dem ein Ehegatte für den allein schuldigen Teil erklärt ist. Sind dagegen beide Ehegatten für schuldig erklärt, so vermag der Anspruch aus § 1578 f. nicht zur Entstehung zu gelangen.[3])

Um darum einen im Scheidungsprozeß allzu rücksichtsvollen Ehegatten vor Schaden zu bewahren, bestimmt § 1574 Abs. 3, daß ohne Erhebung der Widerklage auf einen einfachen Antrag[4]) des Beklagten hin der Kläger für schuldig zu erklären ist, wenn Tatsachen vorliegen, wegen deren der Beklagte auf Scheidung klagen kann.

---

[1]) Im Ergebnis gleich. Staudinger, Planck, Schmidt, Scheppler, Lotz und Toop.

[2]) Wie hier Toop S. 22.

[3]) So Staudinger 2 zu 1578 u. Lotz S. 69.

[4]) Dieser kann sogar noch in der Berufungsinstanz gestellt werden, JW. 05, S. 154.

Die Alleinschuldigerklärung des einen Teiles muß aber auch in einem rechtskräftigen Urteil erfolgt sein. Das Scheidungsverfahren mit seinem Schuldausspruch muß also völlig erledigt sein. Daraus folgt dann weiter, daß die Schuldfrage im Unterhaltsprozesse nicht von neuem aufgerollt werden kann,[1]) es sei denn, daß sie zur Unterstützung der Behauptung diene, der unterhaltsberechtigte Ehegatte sei durch sittliches Verschulden bedürftig geworden.[2])

Weitere Voraussetzung des rechtskräftigen Scheidungsurteils ist, daß es unter der Herrschaft des BGB., also nach dem 1. Januar 1900 ergangen ist. War jedoch das Scheidungsurteil vor dem 1. Januar 1900 gesprochen, die Klage auf Unterhalt aber erst nach dem 1. Januar 1900 erhoben, so beurteilt sich diese gleichwohl nach altem Recht, da mit Erlaß des Scheidungsurteils der Anspruch auf Ehescheidungsstrafen, Abfindungen oder Rente entstanden ist und diese unter altem Recht so entstandenen Schuldverhältnisse sich gemäß Art. 170 EG. BGB. nach den bisherigen Gesetzen beurteilen.[3]) Ist jedoch das Urteil vor 1900 erlassen, die Berufung dagegen aber erst nach dem 1. Januar 1900 zurückgewiesen, so kann eine Scheidungsstrafe nicht mehr eingeklagt werden, da das Berufungsgericht nach BGB. urteilen müßte und das definitive Urteil erst unter der Herrschaft des BGB. gesprochen wurde.[4]) Dabei ist es unbeachtlich, ob der Scheidungsgrund vor 1900 liegt, denn nicht aus diesem, sondern aus der Scheidung folgt die Ehescheidungsstrafe. War das Urteil noch vor dem 1. Januar 1900 erlassen, wurde es aber erst nach dem 1. Januar 1900 rechtskräftig, so hängt es von den bisherigen Gesetzen ab, ob sie die Ehescheidungsstrafe oder Abfindung von dem Erlaß oder der Rechtskraft des Urteil abhängig machen[5]). OLG. 2 § 159 entscheidet den Fall nach dem ALR. Darnach ist der Anspruch schon mit der Verkündung des Urteils erworben, durch die Rechtskraft nur noch bedingt.

Im übrigen muß es sich um Reichsangehörige handeln oder wenn beim Manne die Reichsangehörigkeit erloschen ist, um eine deutsche Frau, da im anderen Falle gemäß Art. 17

---

[1]) OLG. im Recht 05, Nr. 3622.
[2]) So Sauer S. 632.
[3]) Dernburg § 29 Bem. 2 Anm. 3, RG. **46** 147. JW. 01, S. 52.
[4]) OLG. 12, S. 317.
[5]) So Staudinger u. Planck zu Art. 20.

EG. BGB, die Gesetze des Staates maßgebend sind, dem der Ehemann zur Zeit der Erhebung der Klage angehörte.[1])

Dem im Urteile allein für schuldig erklärten Ehegatten wird der Ehegatte, dessen Ehe wegen Geisteskrankheit des anderen Teils geschieden ist, gemäß ausdrücklicher Gesetzesbestimmung (§ 1583) gleichgestellt.

Weitere Voraussetzungen des Unterhaltsanspruches nach erfolgter Scheidung sind Bedürftigkeit auf der einen Seite und Leistungsfähigkeit auf der anderen Seite. Beide müssen gleichzeitig gegeben sein. Tritt die Bedürftigkeit jedoch erst später ein, so entsteht auch erst in diesem Augenblicke der Unterhaltsanspruch (nicht schon mit der Scheidung.[2])

b) Bedürftigkeit der unschuldigen Ehegatten.

1. Der Frau.

Nach dem ersten Entwurfe sollte die unschuldige Ehefrau nur dann unterhaltsbedürftig sein, wenn sie zur Zeit der Scheidung vermögenslos und erwerbsunfähig wäre.[3]) Diese Bestimmung wurde jedoch von der Kritik verfolgt[4]) und von den Regierungen[5]) beanstandet. Daraufhin brachte denn der zweite Entwurf[6]) die verlangte Änderung zu Gunsten der Frau. Es wurde in der Begründung hervorgehoben, daß die Frau oft ihre Versorgung in der Ehe finde oder doch bei Eingehung der Ehe darauf rechne, daß sie, bis der Tod ihre Ehe löse, vom Manne unterhalten werde. Deshalb arbeite sie für die Ehe und gebe auch häufiger ihr Vermögen dem Manne hin. Solange die Ehe dauere, müsse der Mann die Frau unabhängig davon, ob sie bedürftig sei oder nicht, unterhalten. Dies müsse auch für die Zeit nach der Scheidung gelten. Da aber infolge der Scheidung die Frau ihr Vermögen zurückbekomme, auch dem Manne persönliche Dienste nicht mehr leiste, so sei

[1]) Daß das Wort Scheidung des Art. 17 auch auf den Unterhaltsanspruch nach der Scheidung auszulegen ist, dafür auch Planck u. Staudinger zu Art. 17, ebenso Plenar-Entsch. RG. 55, S. 347.

[2]) Sauer S. 633.

[3]) Entwurf I § 1454. Motive IV S. 618.

[4]) Es waren dies in erster Linie Gierke in Schmollers Jahrbüchern XIII, S. 814 und Hinschius im Archiv für ziv. Praxis 74, S. 93/94.

[5]) Prot. IV S. 521.

[6]) Prot. IV S. 521.

der Mann nur dann zum Unterhalte der Frau zu verpflichten, wenn sie aus ihren Einkünften oder sofern sie noch nach ihrem Stande durch Arbeit sich Verdienst verschaffen könne, aus dem Ertrage der Arbeit sich nicht zu unterhalten imstande sei.[1] So wurde denn in den zweiten Entwurf (§ 1472) die Bestimmung aufgenommen, daß die unschuldige Frau den standesmäßigen Unterhalt zu erhalten habe, als sie ihn nicht aus den Einkünften ihres Vermögens und sofern bei Ehefrauen ihres Standes Erwerb durch eigene Arbeit üblich sei, aus dem Ertrage ihrer Arbeit bestreiten könne. In der Erwägung, daß nicht nur der Stand der Ehefrau für die Üblichkeit der Arbeit maßgebend sei, sondern vielmehr die gesamten Lebensverhältnisse, gab die Bundesratsvorlage[2]) der Bestimmung (§ 1561) diejenige Fassung, wie sie uns heute im § 1578 B.G.B. entgegentritt. Danach ist die unschuldige Frau bedürftig, wenn sie nicht den standesmäßigen Unterhalt aus ihren Einkünften und, sofern nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten während der Ehe gelebt haben, Erwerb der Frau üblich ist, aus dem Ertrag ihrer Arbeit bestreiten kann.

Unter „Einkünfte des Vermögens" sind die tatsächlich erzielten Erträgnisse als Zinsen, Renten, Einkünfte aus einem Nießbrauch, auch Naturalien zu verstehen. Die Einkünfte des Vermögens einer minderjährigen geschiedenen Frau sind auch dann auf den Unterhalt anzurechnen, wenn dem Vater oder der Mutter wegen der versagten elterlichen Einwilligung zur Ehe die Nutznießung zusteht. Die Eltern müssen in diesem Falle zurückstehen, da sie ja doch durch die erfolgte Scheidung ihren Willen erreicht haben. Die Frau darf aber auch nicht ihre Kapitalien oder Kapitalanlagen nutzlos liegen lassen. Ihr ist vielmehr der Betrag als Einkünfte in Anrechnung zu bringen, den sie als Zinsertrag mit ihrem Vermögen verständigerweise erzielen konnte.[3]) (Gewagte Unternehmungen kommen hier nicht in Betracht). Keinesfalls aber braucht die Frau zu ihrem Unterhalt den Stamm ihres Vermögens anzugreifen. Auch sind freiwillige Zuwendungen an die Frau von dritter Seite nicht zu den Einkünften des Vermögens

---

[1]) Prot. IV S. 521.

[2]) Bundesratsvorlage, § 1561 oder III. Entwurf, § 1559 Abs. 1.

[3]) RG. 21. II. 10. Recht 14, Nr. 9, hier wird gesagt, daß das einem Handelsgeschäft überlassene Vermögen einer Frau mit 5 Proz. in Ansatz zu bringen ist, auch wenn es tatsächlich nur 4 Proz. Gewinn abwirft.

zu rechnen. Sie sind darum auf die Unterhaltspflicht des Mannes ohne Einfluß.[1])

Außer diesen Einkünften ihres Vermögens muß sich die Frau den Arbeitsverdienst auf ihren Unterhaltsanspruch anrechnen lassen. Erst wenn beides zusammengenommen zu ihrem standesgemäßen Unterhalt nicht ausreicht, hat sie noch einen Anspruch gegen den Mann.

Bei der Frage der Üblichkeit der Arbeit ist als Zeitpunkt, wann diese vorhanden sein muß, im Gesetz die Zeit während der Ehe angegeben. Darnach ist es also vollkommen gleichgiltig, wie die vorehelichen Lebensverhältnisse der Frau waren. Es kommt also nicht darauf an, ob die Frau eines reichen Gutsbesitzers früher Dienstmädchen oder die Frau eines Grafen und Rittergutsbesitzers früher Ballettänzerin war. Als Frau eines Gutsbesitzers oder eines Grafen hat sie nicht nötig, Erwerb durch Arbeit zu suchen und das allein ist für den nachehelichen Unterhaltsanspruch entscheidend. Ebensowenig sind natürlich auch die nachehelichen Verhältnisse entscheidend. Wenn die Frau des Gutsbesitzers nach der Scheidung wieder Dienstmädchen oder Wirtschafterin, die Frau des Grafen wieder Ballettänzerin wird, so ist das für die Unterhaltspflicht ohne Einfluß.[2]) Gerade eine Frau wird während der Dauer des Unterhaltsprozesses häufig darauf angewiesen sein, für ihren Unterhalt selbst erwerbstätig zu werden. Aber dies darf im Unterhaltsprozeß nicht zu ihrem Ungunsten verwertet werden.

Aber auch die Lebensverhältnisse während der Ehe brauchen nicht immer gleich zu liegen. Da in der Gegenwart das Geld eine Hauptrolle spielt, die sogar über Bildung, Stand und früheren Erwerb hinwegsehen läßt, so kann es leicht vorkommen, daß durch einen unvermutet hohen Gelderwerb die Verhälnisse der Ehegatten während der Ehe sich total ändern. Wenn ein Arbeiter das große Los der preußischen Klassenlotterie gewinnt, wenn ein Krämer oder ein armer Grundstücksmakler sehr günstige Spekulationen machen, wenn ein Tagelöhner eine amerikanische Millionenerbschaft erwirbt, so wird man sagen müssen, daß in jedem Falle die Ehefrau nach

---

[1]) RG. vom 11. u. 15. XI. 09. Recht 14, Nr. 9. Soergel 1910 zu § 1579.

[2]) Vgl. RG. vom 7. VI. 09 in Soergel 1910. Hier ist gesagt, die Frau eines Amtsrichters habe nicht nötig, nach der Scheidung Gesangunterricht zu erteilen.

Eintritt des Glücksfalles nicht mehr nötig hat, Erwerb durch Arbeit zu suchen. Man wird sich für den Unterhaltsanspruch nicht lediglich an ihre frühere Beschäftigung als Arbeiters-, Krämers- oder Tagelöhnersfrau halten dürfen, sondern wird sagen müssen, daß nach Eintritt des Reichtums bei der Ehefrau Erwerb durch Arbeit nicht mehr üblich war, selbst wenn sie ihre frühere Beschäftigungsweise weiter beibehalten sollte. Da aber die Ehefrau während der Ehe Freude und Leid, Glück und Unglück mit ihrem Ehemanne zu teilen hat, wird man als den entscheidenden Zeitpunkt für die Üblichkeit der Arbeit die Auflösung der Ehe, den Augenblick, in dem die Ehe rechtskräftig geschieden ist, anzusehen haben. Wird freilich der Mann einen solchen Vermögensanfall absichtlich über den Zeitpunkt der Ehescheidung hinausschieben, so wird dieser trotzdem als bereits erfolgt bei der Bemessung des Unterhaltsanspruches berücksichtigt werden müssen.

„Erwerb durch Arbeit der Frau" bedeutet einmal jede selbständige erwerbende Tätigkeit der Frau, die neben der ihres Mannes herläuft. Diese kann, da in der Gegenwart Frauen aller Stände am Erwerbsleben beteiligt sind, eine sehr mannigfaltige sein. Es fällt ebenso die Tätigkeit einer Tagelöhnerin wie diejenige, die eine erste Sängerin am Kgl. Theater entfaltet, ebenso die Handarbeiten, die eine Ehefrau für ein Geschäft gefertigt hat, wie die Tätigkeit der Leiterin eines großen Geschäftes darunter.

Aber neben dieser selbständigen Tätigkeit der Ehefrau können auch Arbeiten im Hauswesen, Leitung desselben, Erziehung der Kinder, Schneiderarbeit für die Familie unter den Begriff Erwerb durch Arbeit der Frau fallen, denn es macht keinen Unterschied, ob sie durch ihre Arbeiten unmittelbar etwas erwirbt oder ob der durch Erwerb ihrer Arbeit erzielte Gewinn dem Manne zufließt, indem sie ihm Ausgaben erspart und so mittelbar erwirbt.[1])

In dieser Hinsicht wird man § 1346 B.G.B. nicht etwa dahin mißverstehen dürfen, als ob die dort geforderten Pflichten der Frau, Leitung des gemeinsamen Hauswesens und Arbeiten im Haushalte, soweit eine solche Tätigkeit nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten leben,[2]) üblich ist, persönliche

[1]) So RG. 62 [298], OLG. 6 [287], JW. 06 [140], Planck 3a, Staudinger 3a, Opet 2b zu 1578.

[2]) Auch hier war im I. Entwurfe gesagt, als solche Verrichtungen nach dem Stande des Ehemannes üblich seien.

Wirkungen der Ehe wären, denen der Charakter einer erwerbenden Tätigkeit nicht zukomme.

Wann nun ein solcher Erwerb der Frau durch Arbeit üblich ist, kann nur nach der besonderen Lage des einzelnen Falles beurteilt werden. Man muß sich darum darauf beschränken, nach besonderen Richtungen hin allgemeine Auslegungsregeln zu treffen. Es ist dabei in erster Linie darauf hinzuweisen, daß stets die gesamten Lebensverhältnisse der Ehegatten sowohl nach der wirtschaftlichen als nach der gesellschaftlichen Seite hin zu berücksichtigen sind.

Es ist darum stets zu verwerfen, wenn der Stand oder das Vermögen oder der Beruf allein für die Üblichkeit des Arbeitsverdienstes für maßgeblich erachtet wird. Vielmehr müssen alle solche das Erwerbsleben und die gesellschaftliche Stellung der Ehegatten berührenden Umstände insgesamt beleuchtet werden, und dann muß entschieden werden, ob nach Maßgabe aller dieser Umstände der Erwerb durch Arbeit üblich war; insbesondere darf man sich diese Urteilsfassung nicht dadurch erleichtern, daß man erklärt oder dahin die Beweisfrage regelt, daß in ähnlichen Kreisen ein solcher Erwerb häufiger vorkomme, vielmehr ist unter solchen Umständen darauf zu achten, ob in solchen Kreisen ein solcher Erwerb die Regel bildet. Erst dann kann die Üblichkeit jenes Arbeitserwerbes anerkannt werden.

Auch kommt es nicht darauf an, ob die Frau tatsächlich während der Ehe gearbeitet hat.[1] Hat z. B. ein junges Mädchen aus der Stadt auf eine mäßige Hofstelle geheiratet und sich dann während der Ehe den landwirtschaftlichen Arbeiten entzogen, so ist die Frage nach der Üblichkeit des Arbeitserwerbes nicht aus diesem Grunde zu verneinen. Andererseits darf diese Frage bei der Frau eines höheren Beamten nicht bejaht werden, wenn sie mit kleinen Handarbeiten sich ihre Theaterbillets bezahlt gemacht hat.

Ja, es gibt Arbeiten der Frau, die nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten leben, auf Grund der ehelichen Lebensgemeinschaft üblich sind wie Mittagessen bereiten, Zimmer in Ordnung halten, an der Garderobe kleinere Näharbeiten vornehmen und andere mehr, die aber nicht ohne weiteres den Beweis der Üblichkeit des Arbeitserwerbes nach § 1578 erbringen. Ist es doch sehr wohl möglich, daß eben

[1] RG. 62, S. 299.

diese Arbeiten, Dritten zu leisten, in jenen Kreisen keinesfalls üblich ist.[1]) Sind allerdings solche Arbeiten während der Ehe gegen Entgelt Dritten geleistet, so wird die Frau dies in der Regel auch nach der Scheidung müssen. Dabei macht es keinen Unterschied, ob diese dritten Personen Verwandte waren.[2])

Auch kommt es nicht allein darauf an, ob der Ehemann während der Ehe auf die Tätigkeit seiner Ehefrau angewiesen war oder nicht, wie das OLG. 2 § 286 für entscheidend erachtet. Denn diese Tatsache allein vermag noch keinen sicheren Beweis dafür zu erbringen, ob in jenen Kreisen Erwerb durch Arbeit üblich war oder nicht.

Dieser Ansicht des OLG. gegenüber verfällt Staudinger[3]) in den entgegengesetzten Fehler, wenn er die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse des Ehemannes, die es ihm ermöglichten, auf die Tätigkeit seiner Frau angewiesen zu sein, ganz ohne Einfluß sein läßt. Denn es gibt heutzutage in den verschiedenen Erwerben, Berufen und Ämtern so verschiedenartige Abstufungen, daß in den gleichen Kreisen gerade die Vermögensverhältnisse des Ehemannes den Ausschlag dafür geben können, daß bei seiner Ehefrau ein Erwerb durch Arbeit nicht mehr üblich ist, während dieser Arbeitserwerb bei anderen desselben Kreises durchaus als üblich zu bezeichnen ist.

Ist nun der Erwerb durch Arbeit der Frau als üblich bezeichnet worden, so kommt es noch für die Frage der Bedürftigkeit darauf an, ob die Frau durch Arbeitserwerb sich etwas verdienen kann.[4]) Es ist also einmal unerheblich, ob die Frau nach der Scheidung einem solchen Erwerbe tatsächlich nachgeht. Es genügt vielmehr festzustellen, daß die Möglichkeit eines solchen Arbeitsverdienstes für die Frau vorhanden ist. Kann andererseits die Frau die übliche Arbeit aus körperlichem oder geistigem Unvermögen ganz oder teilweise nicht leisten, so erhöht sich damit ihre Bedürftigkeit und damit auch ihr Unterhaltsanspruch. Die Frau hat unter diesen Umständen auch nicht nötig, einem geringeren Arbeitserwerbe nachzugehen. Die schwerhörig gewordene Klavierlehrerin oder die schreibunfähige Buchhalterin braucht nunmehr nicht die Arbeiten einer Aufwartefrau vorzunehmen.

[1]) So Schmidt 3 b β zu 1578. Davidson S. 124.
[2]) Vgl. RG. vom 21. II. 10. Recht 14, Nr. 3438.
[3]) Staudinger 3a zu 1578.
[4]) Sturm S. 17, Planck 3a zu 1578, Davidson S. 124.

Im übrigen wird auch das Vorhandensein kleiner Kinder, mit deren Wartung die geschiedene Frau sehr viel zu tun hat, bei der Bestimmung des Arbeitsverdienstes der Frau wenigstens für die erste Zeit berücksichtigt werden müssen.[1])

Wird dagegen die Frage nach der Üblichkeit des Arbeitsvertrages verneint, so ist es bestritten, ob die Frau, wenn sie dennoch tätig wird, sich den tatsächlich erworbenen Verdienst auf den Unterhaltsanspruch anrechnen lassen muß. Dafür wird angeführt, der Unterhaltsanspruch des Mannes nach § 1578 trage im Gegensatz zum ehelichen Unterhaltsanspruch nur subsidiären Charakter, und weiter, wenn die Frau sich trotz Verneinung der Üblichkeit des Arbeitsertrages etwas erwerbe und dies nicht auf ihren Unterhalt angerechnet würde, so werde sie dadurch besser gestellt als sie bei Fortdauer der Ehe gestanden haben würde, eine solche Bereicherung aber liege nicht im Sinne des Gesetzgebers.[2])

Dagegen ist anzuführen, daß eine solche Auslegungsweise im offenem Widerspruch mit dem Gesetzestext steht. Denn § 1578 sagt ganz klar, daß der Ertrag der Arbeit der Frau nur gerechnet werden soll, „sofern dieser üblich ist.“ Andererseits kann auch der Ansicht nicht beigetreten werden, daß die Frau, weil sie bei Nichtüblichkeit des Arbeitserwerbes während der Ehe nach der Scheidung eine erwerbende Tätigkeit ausübe, nicht besser gestellt sein solle als während der Ehe. Arbeitet nämlich die Frau nach der Scheidung, so wird sie es auch vorher getan haben. Kam aber ihr freiwilliger Arbeitserwerb während der Ehe auch ihrem Manne zugute, so ist es nur gerecht, wenn nach der Scheidung das Ergebnis ihrer freiwilligen Arbeit ihr ganz allein zufällt.[3])

Die Frau ist weiter bedürftig, als sie nicht den standesgemäßen Unterhalt aus den Einkünften ihres Vermögens und den Ertrag ihrer Arbeit bestreiten kann. Was standesmäßiger Unterhalt ist, sagt § 1610 B. G. B. Er bestimmt sich nach der Lebensstellung des Bedürftigen und umfaßt den gesamten Lebensbedarf. Für die Lebensstellung der bedürftigen

---

[1]) Davidson S. 124.

[2]) So Patek S. 41, Davidson S. 124, Sturm S. 16, Brie S. 255, **Hinschius, Arch. für ziv. Praxis, Bd. 74 S. 92.**

[3]) Im Ergebnis gleich Sauer S. 625, Opet 2 zu 1578, OLG. 2 S. 385, Lotz S. 65, Toop S. 24, Sturm S. 17, RG. **62** S. 300, RG. 67 S. 58, JW. **06 S. 140, 07 S. 35, Staudinger 3a, S. 674.**

Frau aber sind die Lebensverhältnisse ihres Ehemannes ausschlaggebend.

Als Zeitpunkt, wann die Lebensstellung des Ehemannes für den standesmäßigen Unterhalt maßgebend ist, gibt Opet[1]) die Zeit der Einleitung des Scheidungsverfahrens an, da anderenfalls der Mann durch eigenmächtige Minderung seiner sozialen Lage den Anspruch der Frau beeinträchtigen könnte. Auch hier wird man entsprechend den Ausführungen[2]) darüber, wann die Üblichkeit der Arbeit nach den Verhältnissen der Ehegatten gegeben sein muß, den Zeitpunkt der rechtskräftigen Ehescheidung entscheidend sein lassen müssen. Der Begründung von Opet gegenüber ist zu sagen, daß eine solche eigenmächtige Minderung der sozialen Lage wohl nur selten praktisch wird. Wenn aber von der Klägerin ein solcher Einwand der Arglist gemacht wird, muß man es richterlicher Entscheidung überlassen, ob der Einwand berechtigt ist oder nicht. Wird festgestellt, daß der Mann absichtlich seine Lebensverhältnisse verschlechtert hat, so wird diese Verschlechterung bei Beurteilung des standesmäßigen Unterhaltes unberücksichtigt bleiben müssen.

Anders ist natürlich die Sachlage, wenn beim Manne dessen Einkünfte und Erträge den standesmäßigen Unterhalt bestimmen sollen und diese großen Schwankungen unterworfen sind, wie etwa die Einkünfte eines landwirtschaftlichen oder industriellen Betriebes, Dividenden, Provisionen, Gebühren und Trinkgelder. Hier wird man nicht einen bestimmten Zeitpunkt entscheiden lassen, sondern den Durchschnitt eines gewissen Zeitraumes, meistens mehrere Jahre für die Berechnung zu Grunde legen[3]).

Damit soll aber nicht gesagt sein, daß nun die Frau einen gewissen zahlenmäßigen Anteil vom Einkommen des Mannes als Unterhalt zu verlangen habe. Denn nicht dies, sondern ihr Bedürfnis ist in erster Linie für den Unterhaltsanspruch maßgebend, dieses Bedürfnis bemißt sich wiederum nicht allein nach der Lebensführung und nach den Lebensbedürfnissen, die sie während der Ehe gestellt hat. Denn

---

[1]) Opet 2 zu 1578, ebenso Scheppler S. 27. Wie hier OLG. Hamburg 7 [109] u. Lotz S. 66.

[2]) Siehe S. 20.

[3]) OLG. 7 S. 107. In gleicher Weise wird man auch die Vermögenseinkünfte und den Arbeitserwerb der Frau zu berechnen haben. AA. OLG. 18 S. 274, das in solchen Fällen eine freie Schätzung dessen, was der Mann zur Zeit der Scheidung verdienen konnte, maßgebend sein lassen will.

diese können sowohl zu hoch als auch zu niedrig gewesen sein. Es muß der Frau vielmehr das vom Richter zuerkannt werden, was sie verständigerweise unter Berücksichtigung der gesamten Lebenslage der Ehegatten verlangen kann.

So muß z. B. ein junger Kaufmann mit hohen Einkünften Rücklagen machen und man wird diese bei Feststellung der für seinen Unterhalt verfügbaren Einkünfte nicht berücksichtigen dürfen.[1])

2. Des Mannes.

Der unschuldige Mann ist nur dann bedürftig, wenn er außerstande ist, sich selbst zu unterhalten, wenn er also vollständig vermögenslos und erwerbsunfähig ist. Wenn er freilich Vermögen besitzt, das er nicht verwerten kann, so wird dies seiner Bedürftigkeit nicht im Wege stehen.[2]) Ebenso muß die Erwerbsfähigkeit des Mannes dahin eingeschränkt werden, daß sie nur dann vorhanden ist, wenn er eine seinen jeweiligen Verhältnissen angemessene[3]) Erwerbsarbeit nicht zu leisten vermag. So kann es dem Schriftsteller, der seine Gedichte vergeblich abzusetzen sucht, nicht zugemutet werden, als Maurer Arbeit zu suchen, ohne vorher seine reiche geschiedene Frau auf Unterhalt in Anspruch genommen zu haben. Freilich wird es nicht allein auf die Art der Arbeit während der Ehe ankommen, vielmehr können sich nachträglich die Verhältnisse einer ganzen Erwerbsart verschlechtert haben, sodaß sie nunmehr angewiesen ist, durch eine geringere Arbeit sich zu unterhalten.[4]) Alsdann wird der unschuldige Mann verpflichtet sein, auch dieser Erwerbsart nachzugehen bezw. wird ihm diese in Anrechnung gebracht werden können. Allerdings bestimmt sich der standesgemäße Unterhalt nach dem Zeitpunkt der Ehe. Falls der Mann daher durch seine geringere Erwerbsart seinen standesmäßigen Unterhalt zur Zeit der Scheidung nicht erwerben kann, ist er in Höhe der Differenz nach § 1578 II unterhaltsbedürftig.

Der Mann ist also beim nachehelichen Unterhalt wesentlich schlechter gestellt als die Frau, da er einmal den Stamm seines Vermögens angreifen muß und andererseits sich ohne weiteres Erwerb durch Arbeit zu verschaffen hat.

---

[1]) OLG. Hamburg 7 S. 109.
[2]) Motive IV S. 681.
[3]) AA. Erler S. 140.
[4]) Vgl. Patek S. 42.

Diese schlechte Stellung des Mannes wird in den Protokollen[1]) damit begründet, daß der Mann ja auch nur unter diesen Voraussetzungen einen Unterhaltsanspruch gegen die Ehefrau während der Ehe gehabt habe, daß außerdem die Billigkeit und Anschauung des Lebens dafür spreche. Weiter sei zwar anzuerkennen, daß die Herausgabe des Frauenvermögens unter Umständen den Mann allein schon erheblich schädigen könne. Aber um deswillen könne dem Manne noch kein Ersatz im erweiterten Unterhaltsanspruch geboten werden, weil die sittlichen Wirkungen und Vorteile eine Schätzung in Geld nicht zuließen und die vermögensrechtlichen Folgen nicht Selbstzweck der Ehe seien, sondern nur sekundäre Folge.

c) Der Geisteskranke.

Ist die Ehe nach § 1569 BGB. wegen Geisteskrankheit des einen Teiles geschieden, so kann natürlich aus diesem Grunde kein Ehegatte für den allein schuldigen Teil erklärt werden. Sollte darum der Geisteskranke nicht den Unterhalt gegen den gesunden Ehegatten verlieren, so bedurfte es dazu mangels Anwendbarkeit des § 1578 BGB. einer besonderen Bestimmung. Eine solche enthält § 1583. Darnach hat der nicht geisteskranke Ehegatte dem anderen Teil Unterhalt zu gewähren wie ein allein für schuldig erklärter Ehegatte. Diese Bestimmung wird unter anderem mit folgenden Sätzen in den Protokollen[2]) begründet und gerechtfertigt: „Der geistig gesunde Ehegatte könne sich nicht beklagen, denn die Scheidung hänge von ihm ab. Der Unterhaltsanspruch sei zugleich ein Schutzmittel gegen einen etwa möglichen Mißbrauch des Scheidungsrechtes." Nun sehe man sich aber § 1569 BGB. an. Dort wird als Grund für die Scheidung wegen Geisteskrankheit gefordert: Dreijährige Dauer der Krankheit während der Ehe, Aufhören der geistigen Gemeinschaft zwischen den Ehegatten und Aussichtslosigkeit auf Wiederherstellung dieser Gemeinschaft. Diese Bestimmung aber könne möglicherweise noch nicht hart genug sein, man könne Mißbrauch mit ihr treiben, darum noch eine weitere drakonische Bestimmung: § 1583, das ist mit anderen Worten die Entschuldigung der Protokolle.

Demgegenüber versagen alle Gründe der Billigkeit, die die Protokolle noch weiter glauben aufführen zu müssen. Zu-

[1]) Prot. IV S. 521.
[2]) Prot. IV S. 532.

gegeben mag werden, daß, wenn der gesunde Teil auch begütert ist, etwas wie Billigkeit für die Unterhaltspflicht des gesunden Ehegatten sprechen mag, aber in jedem anderen Falle wird mit einer nicht zu sagenden Härte der gesunde Teil dem Unglück des Kranken geopfert. Wie viele Ehegattten werden auf diese Weise gezwungen, die Zeit ihres Lebens in Gemeinschaft mit einem Geisteskranken zuzubringen. Und der wirkliche Grund ist kein anderer als das Interesse des Staatssäckels. Freilich meinen die Protokolle, „den Geisteskranken etwa der öffentlichen Armenpflege anheimfallen zu lassen, sei eine nicht zu rechtfertigende Härte." Einen Grund dafür führen sie allerdings nicht an. Es ist darum auch nicht einzusehen, warum eine Unterbringung des Geisteskranken in einer öffentlichen Anstalt auf Gemeindekosten für diesen eine Härte sein sollte.

Da bei einem Geisteskranken gemeinhin Erwerb durch Arbeit nicht in Frage kommt, wird er nur dann nicht bedürftig sein, wenn er und zwar die geisteskranke Frau nicht aus den Einkünften ihres Vermögens und der geisteskranke Mann nicht aus dem verwertbaren Stamm seines Vermögens unterhalten werden kann.

d) Leistungsfähigkeit des allein für schuldig erklärten Ehegatten.

Leistungsfähigkeit heißt die Fähigkeit des einen Ehegatten bei eigenem standesgemäßigen Auskommen für den anderen den standesmäßigen Unterhalt zu beschaffen. Im allgemeinen wird ja diese Leistungsfähigkeit nach Vermögen und Einkommen berechnet werden. Wenn jedoch abgesehen von den Fällen des § 1579 der eine Ehegatte insbesondere der Mann ein, seinen Fähigkeiten nicht entsprechendes Einkommen hat, so kann dieser Umstand nicht seine Leistungspflicht ermäßigen, es sei denn, daß er besondere Gründe dafür hat, daß er sich mit einer Stellung von geringerer Einnahme begnügt. Denn „der Unterhaltspflichtige hat seine Kräfte anzustrengen, um seinen Unterhaltspflichten gerecht zu werden und sich zu bemühen, denjenigen Verdienst zu finden, den er bei gutem Willen durch gehörige Verwendung seiner Fähigkeiten und Kräfte verlangen kann."[1])

---

1) RG. in SA. 63 S. 280 u. OLG. 18 S. 275 (Braunschweig 29. V. 08).

Auch hier ist für diese Fähigkeit wie bei Feststellung des standesmäßigen Unterhalts der Zeitpunkt der Ehescheidung maßgebend. Erhöht sich demgemäß nach der Ehescheidung die Leistungsfähigkeit des allein schuldigen Teiles oder verschlechtert sie sich, so ist dieser Umstand, abgesehen von den Grundsätzen des § 1579, für die Unterhaltspflicht insbesondere für die Höhe der Unterhaltsrente ohne Einfluß.[1]) Denn mit dem Augenblick der Ehescheidung hört die Ehe auf. Die personenrechtlichen Beziehungen der Ehegatten zueinander sind gelöst und insbesondere hören die Ehegatten auf, Glück und Unglück miteinander zu teilen. Das RG.[2]) beruft sich für seinen entgegengesetzten Standpunkt auf eine Bemerkung von Planck,[3]) nach der der unschuldige Ehegatte durch die Scheidung hinsichtlich des Unterhaltsanspruches im ganzen nicht schlechter gestellt werden soll, als wenn die Ehe noch fortbestände. Er habe darum, so schließt das RG., weiter auch keinen Anspruch auf günstigere Behandlung und müsse sich deshalb, wenn die Leistungsfähigkeit des verpflichteten Ehegatten nach der Scheidung sich ändere, die hieraus folgende Minderung ebenso gefallen lassen, wie wenn die Ehe noch bestände. Diesem Standpunkt des RG. gegenüber, der sich als eine starke Betonung des familienrechtlichen Charakters des nachehelichen Unterhaltsanspruchs kennzeichnet, ist darauf hinzuweisen, daß, wie oben gezeigt, ein starkes Hervortreten der obligationenrechtlichen Normen den familienrechtlichen Charakter des nachehelichen Unterhaltsanspruches fast gänzlich verwischt und daß schon um dieses prinzipiellen Standpunktes willen eine Gleichstellung der Verhältnisse während der Ehe mit denen nach der Ehescheidung nicht anerkannt werden kann.

IV. Veränderungen in den Verhältnissen des Berechtigten und des Verpflichteten.

Das preußische ALR.[4]) ließ für die Festsetzung der Verpflegungsgelder den Zeitpunkt des rechtskräftigen Scheidungsurteils bestimmend sein. Damit war die einmal getroffene Abmessung unabänderlich geworden.[5]) Im bewußten Gegen-

[1]) So Scheppler S. 28 u. OLG. 7 S. 109.
[2]) RG. in SA. 63 S. 279—80.
[3]) Planck, Bem. 6 zu 1570.
[4]) § 798 ALR. II, 1.
[5]) JW. 1888 S. 431, 1890 S. 168. SA. 51 S. 49.

satz zum preußischen Recht hat der Gesetzgeber aus Rücksichten der Billigkeit eine ähnliche Bestimmung ins BGB. nicht aufgenommen, obwohl in der zweiten Kommission[1]) nicht verkannt wurde, daß durch eine solche Regelung ein Anlaß zu immerwährenden Berührungen der Ehegatten untereinander und somit eine Quelle steter Streitigkeiten geschaffen werde.

Darnach ist sowohl dem Berechtigten, falls er später bedürftig wird, als auch dem Verflichteten, wenn der Berechtigte nicht mehr unterhaltsbedürftig ist, oder für ihn die Fälle des § 1579 eintreten, die Möglichkeit gegeben, in Gewißheit des § 323 ZPO. eine Abänderung des die Verpflichtung zur Unterhaltsgewährung aussprechenden Urteils herbeizuführen.

Die in § 323 ZPO. geforderte wesentliche Änderung der Verhältnisse bedeutet eine erhebliche und dauernde Veränderung. Unerhebliche und vorübergehende Schwankungen geben noch keinen genügenden Grund für eine nachträgliche Abänderungsklage. Eine wesentliche Änderung ist z. B. in der plötzlichen Verarmung des Berechtigten durch Kapitalsverlust oder durch Verbüßung einer Freiheitsstrafe seitens des Berechtigten zu erblicken.

Hervorzuheben ist noch, daß ein Verpflegungsanspruch, der unter der Herrschaft des ALR. festgesetzt ist, nicht unter der Herrschaft des BGB. nach § 323 ZPO. ermäßigt werden kann, da es sich ja um ein unabänderliches Schuldverhältnis handelt, das vor Inkrafttreten des BGB. entstanden ist und auf das demgemäß Art. 170 EG. BGB. anzuwenden ist.[2])

V. Beschränkungen des Unterhaltsanspruches zu Gunsten des Verpflichteten (beneficium competentiae).

Während bei den vorigen Auseinandersetzungen die Leistungsfähigkeit des allein für schuldig erklärten Ehegatten als allen Unterhaltsverpflichtungen genügend vorausgesetzt wurde, kommen wir jetzt zu den Bestimmungen, die für den Fall aufgestellt worden sind, daß diese Leistungsfähigkeit nur im beschränkten Maße vorhanden ist.

Der erste Entwurf ließ analog der Bestimmung des § 1603 bei der Verwandtenalimentation den Unterhalts-

[1]) Prot. IV S. 522.
[2]) OLG. I 290, Dernburg § 29.

anspruch fortfallen, wenn der schuldige Ehegatte bei Berücksichtigung seiner anderweitigen Verpflichtungen außerstande sei, den Unterhalt ohne Beeinträchtigung seines eigenen standesmäßigen Unterhalts zu gewähren.[1]) Die zweite Kommission[2]) verwarf jedoch diese Bestimmung als der Billigkeit widersprechend. Sie erwog dabei insbesondere, daß es ungerecht sein würde, wenn dem unschuldigen Ehegatten der Unterhaltsanspruch völlig abgesprochen würde, obgleich doch nur eine Kleinigkeit am standesmäßigen Unterhalt fehle. Andererseits würde eine Bestimmung, die die Ehegatten analog dem ehelichen Unterhaltsanspruche auch den notdürftigen Unterhalt teilen lasse und die vielleicht am meisten der Billigkeit entspreche, praktisch nicht durchführbar sein, da der Unterhaltsanspruch des unschuldigen Ehegatten in der Möglichkeit der Zwangsvollstreckung seine Grenze finden müsse. Sie schuf darum aus diesen Erwägungen heraus die Bestimmung in der heutigen Fassung des § 1579 BGB. Diese Vorschrift enthält in ihrem ersten Absatze zwei Bestimmungen über eine stufenweise Beschränkung der Unterhaltspflicht, während bei den im Absatz 2 gegebenen Voraussetzungen die Unterhaltspflicht ohne weiteres aufhört.

Der erste Satz im ersten Absatz läßt eine Beschränkung der Unterhaltspflicht, insoweit zu, als der allein für schuldig erklärte Ehegatte bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, ohne Gefährdung seines standesmäßigen Unterhalts dem anderen Ehegatten Unterhalt zu gewähren. In diesem Falle soll der unschuldige Ehegatte berechtigt sein, von dem zu seinem Unterhalte verfügbaren Einkünften $^2/_3$ oder, wenn diese zu seinem notdürftigen Unterhalte nicht ausreichen, so viel zurück zu behalten, als zu dessen Bestreitung erforderlich ist.

Erste Voraussetzung ist demnach, daß die Leistungsfähigkeit des schuldigen Teils unter das in § 1578 bestimmte Maß herabsinkt. Wann ist aber die Grenze überschritten? Wenn der schuldige Ehegatte bei Leistung des standesmäßigen Unterhalts[3]) an den unschuldigen Ehegatten seinen eigenen

[1]) Entwurf § 1454 Abs. 1 u. § 1482 Abs. 1 und Motive IV S. 618.

[2]) Prot. IV S. 524.

[3]) Wenn im Gesetz von Unterhalt die Rede ist, so versteht es sich im Hinblick auf die Erklärungen des vorigen Paragraphen von selbst, daß damit der Fall getroffen sein soll, in dem der Unterhalt nicht voll gewährt werden kann.

standesmäßigen Unterhalt gefährdet. Der standesmäßige Unterhalt des pflichtigen Ehegatten braucht demnach nicht bereits beeinträchtigt zu sein, sondern es genügt eine bloße Gefährdung. Gefährdet aber ist der standesmäßige Unterhalt, wenn seine Beeinträchtigung für die Zukunft dergestalt zu besorgen ist, daß der Pflichtige künftig wegen der Unterhaltsgewährung an den Berechtigten nicht mehr so viel Mittel aufbringen kann, als zum standesmäßigen Leben innerhalb der durch seine Lebensstellung gegebenen Grenze geboten erscheint.[1])

Bei Feststellung dieser Gefährdung wie bei Bemessung der Leistungsfähigkeit überhaupt aber sollen nicht nur die Einkünfte, sondern vor allem die Verpflichtungen berücksichtigt werden. Das Gesetz sagt „bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen." Diese sonstigen Verpflichtungen umfassen nicht ohne weiteres alle Schulden des Unterhaltspflichtigen. Vielmehr dürfen nur die Verbindlichkeiten berücksichtigt werden, die zur Zeit der Feststellung der Leistungsfähigkeit auf die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse des Pflichtigen einen merklichen Einfluß ausüben. Dahin gehören vor allen die jetzt oder in absehbarer Zeit fälligen Verbindlichkeiten. Schulden aus zukünftigen Forderungen, zu denen noch überhaupt kein Grund gelegt ist, oder zu denen zwar schon ein Grund gelegt ist, deren Verwirklichung aber noch von einem zukünftigen ungewissen Ereignisse abhängig gemacht sind, dürfen dabei nicht in Rechnung gezogen werden. Ebensowenig sind natürliche Verbindlichkeiten zu berücksichtigen. Würden diese in gleicher Linie mit den einklagbaren Verbindlichkeiten, wie Patek[2]) es will, oder doch nach diesen, wie Opet[3]) möchte, Beachtung finden, so würde damit diesen natürlichen Verbindlichkeiten an dieser Stelle im Gesetz ein Schutz zugesprochen, den das Gesetz im übrigen ausdrücklich ablehnt. Ebenso werden auch andere klaglose Verbindlichkeiten behandelt werden müssen, wie verjährte oder solche aus § 123, § 853 u. a. m.[4])

Diese Bestimmung auf Anrechnung der Schulden ist, wie die Motive[5]) ausführen, sowohl im Interesse der Gläubiger

---

[1]) So Davidson § 131, Opet 1a zu 1579, Toop S. 25, Schmidt, Bem. 2b zu 1579.

[2]) Patek S. 44.

[3]) Opet, Bem. 1a zu 1579.

[4]) So wie hier Staudinger 2e zu 1603, Toop S. 25, Dernburg, IV, § 69 III 3a u. Schmidt 2c zu 1579.

[5]) Motive IV S. 686.

des Unterhaltspflichtigen, als in seinem eigenen Interesse gegeben, da, wenn die Gewährung des Unterhalts die Folge haben würde, daß er seine anderweitigen Verpflichtungen nicht oder nicht mit Sicherheit würde decken können, darin zugleich eine Gefährdung des eigenen standesmäßigen Unterhalts liegen würde.[1]) Freilich muß man auch auf der anderen Seite bedenken, daß durch diese Bestimmung ein leichtsinniges und mutwilliges Schuldenmachen des Unterhaltspflichtigen mit auf Kosten des Berechtigten ermöglicht wird.

In der Praxis[2]) wurde es für genügend erachtet, daß ein angemessener jährlicher Betrag für Zinsen und Abschlagszahlungen in Abzug gebracht wurde. Wenn freilich das O L G. diesen angemessenen Betrag auf folgender Grundlage berechnet:

> Einkommen des schuldigen Mannes 4200 Mk. sein notdürftiger Unterhalt 2400 Mk. bleibt eine Differenz von 1800 Mk. hiervon als angemessener Betrag für Zinsen und Abschlagszahlungen 600 Mk. bleiben 1200 Mk. die dann der geschiedenen Ehefrau zuerkannt wurden,

so ist diese Berechnung nicht richtig.

Wenn ein Betrag von jährlich 600 Mk. angemessen erschien, so mußte dieser von den 4800 Mk. vorweg abgesetzt werden. Es blieben dann 3600 Mk. Von diesen 3600 Mk. mußte der Frau der standesmäßige Unterhalt gewährt werden. Setzen wir diesen etwa auf 2000 Mk. und für den unterhaltspflichtigen Mann auf 3000 Mk. fest, so würde durch Gewährung der ganzen 2000 Mk. der standesmäßige Unterhalt des Mannes gefährdet erscheinen. Sodann mußte eine Kürzung um $^1/_3$ des standesmäßigen Unterhalts des Mannes eintreten, die nur von den 3600 Mk. als zu den zu seinen Unterhalt verfügbaren Einkünften berechnet werden könnten. Das würde die Summe von 2400 Mk. ergeben. Nun würde erst in die Erwägung einzutreten sein, ob diese 2400 Mk. zum notdürftigen Unterhalt des Mannes ausreichen, tun sie dies, wie es das O L G. in unserem Falle festgestellt hat, so würden wir zum selben Ergebnis kommen, wie das O L G. und der unterhalts-

[1]) So sagt Erler S. 140: Die Selbsterhaltung geht der Unterhaltspflicht vor. Zur Selbsterhaltung aber gehört die ordnungsmäßige Befriedigung der Gläubiger.

[2]) OLG. vom 3. XI. 08, Recht 08 § 665, Nr. 3624 und RG. vom 11. u. 15. XI. 09, Recht 14 Nr. 91 und RG. vom 7. VI. 09, Soergel 09 zu § 1578.

bedürftigen Frau 1200 Mk. zu erkennen. Würden z. B 2800 Mk. zum notwendigen Unterhalt erforderlich sein, so würde die Differenz von 2800 Mk. und 3600 Mk. also 800 Mk der Frau als Unterhaltsbetrag ausgezahlt werden müssen.

Wenn hier von Einkünften schlechthin die Rede ist, so sind damit im Gegensatz zu § 1578 nicht nur Vermögenseinkünfte gemeint, sondern auch der Ertrag der Arbeit, überhaupt das Gesamteinkommen des Unterhaltspflichtigen, die Kapitalszinsen so gut wie Gehalt, Lohn, beim Beamten auch Wohnungsgeldzuschüsse und andere außerordentliche Dienstbezüge wie Tagegelder usw. Ob auch die außerordentlichen Trinkgelder und Weihnachtsgeschenke, über Gebühr freiwillig entrichtete Extrahonorare der Ärzte, Techniker und Anwälte dahin zu rechnen sind, mag zweifelhaft erscheinen. Es wird auf den einzelnen Fall ankommen, ob solche außerordentlichen Einkünfte als Arbeitsentgelt usancemäßig anzusehen sind oder nicht.[1])

Bei der minderjährigen geschiedenen Frau, die ihre Ehe ohne die erforderliche elterliche Genehmigung geschlossen hat (§§1305,06), dürfen jedoch nicht die Einkünfte ihres Vermögens, für das dem Vater oder der Mutter die Nutznießung zusteht, berücksichtigt werden. Dies ergibt der Umstand, daß die bei der Verwandtenalimentation statuierte Ausnahmen des § 1605 in § 1580 Abs. 2 nicht aufgenommen ist.[2])

Bei der Berechnung des zu den Einkünften gehörenden Arbeitsertrages ist, soweit die Frau in Frage kommt, die Voraussetzung des § 1578[3]) Üblichkeit des Arbeitserwerbes zur Zeit der Ehescheidung maßgebend.[4]) Für beide Ehegatten ist auch hier wieder, wie im § 1578 in Betracht zu ziehen, daß nicht das vom Unterhaltspflichtigen tatsächlich Erworbene, sondern das in Anrechnung zu bringen ist, was er bei genügender Anspannung seiner Kräfte und Fähigkeiten zu erwerben imstande ist.[5]) Auch Kapitalien hat der Verpflichtete nutzbringend anzulegen. Wenn er dies nicht tut, sondern einen Teil nutzlos liegen läßt, um sich seinen Unterhaltsverpflichtungen zu entziehen, so kann dieser Umstand gleichwohl zu keiner Unterhalts-

---

[1]) So hat das OLG. Colmar die Dienstprämie eines Unteroffiziers zu den Einkünften gerechnet, da sie eine Belohnung für längere Dienstzeit, also ein durch seine Arbeit erlangter Erwerb sei. OLG. vom 26. I. 10, Recht 14 Nr. 719, Soergel 10 zu 1579.

[2]) Davidson S. 131, Scheppler S. 29.

[3]) RG. 72 S. 199.

[4]) Scheppler S. 29, Schmidt 2 d α zu 1579.

[5]) Schmidt 2 α d zu 1579.

beschränkung führen. Dabei kann der Berechtigte aber nicht verlangen, daß der Verpflichtete, weil dieser ihm sonst nicht den Unterhalt zu zahlen imstande sei, nun mit etwa vorhandenem Kapital gewagte Geschäfte vornehmen müsse, daß er vielleicht sein Kapital in Industriepapieren oder kaufmännischen Unternehmungen anlege. So wurde z. B. folgender Fall vom Kammergericht[1]) entschieden:

Die Beklagte war im Ehescheidungsurteil für die allein Schuldige erklärt. Sie hatte ein Kapitalvermögen von 30 000 Mk. Die aus diesem fließenden Zinsen reichten aber kaum zum notdürftigen Unterhalt der Beklagten aus. Der Kläger, der unterhaltsberechtigte Ehemann, verlangte nun, die Beklagte solle sich mit 20000 Mk. in eine Versicherung einkaufen, sie würde dann auch 1400 Mk. jährliche Rente erhalten und könne sodann den Rest von 10000 Mk. zu seinen Gunsten verwenden. Hier entschied das Kammergericht, daß, abgesehen von anderen Gründen, die Beklagte dem Verlangen des Klägers nicht stattzugeben habe, da der vom Kläger gewünschte Rentenvertrag als eine nicht alltägliche, gewagte Operation anzusehen sei, die die Beklagte nicht auszuführen brauche.

Zu diesen Einkünften kann im allgemeinen nicht das Stammkapital gezählt werden. Das geht schon einmal aus dem Sprachgebrauch hervor, der mit dem Sinn des Wortes „Einkünfte" nicht auch zurückgezahltes Kapitalvermögen verbindet. In den meisten Fällen würde auch ein Verbrauch von Kapitalien eine Gefährdung des standesmäßigen Unterhalts des Verpflichteten bedeuten,[2]) und aus diesem Grunde schon mit dem Gesetz in Widerspruch geraten. Schließlich aber spricht für die hier vertretene Ansicht auch die Entstehungsgeschichte. Es wurde nämlich der Antrag 3b, der neben die Einkünfte die Verzehrung des Stammkapitals stellte, in der zweiten Kommission ausdrücklich abgelehnt.[3])

Das Gesetz macht weiter selbst eine Einschränkung bei diesen Einkünften. Es sagt nämlich, daß nur die zum Unter-

[1]) OLG. 21 S. 242.

[2]) Planck 1 zu 1579.

[3]) Prot. IV S. 523/24. Wie hier Sauer S. 636, Sturm S. 18, Scheppler S. 29, Planck 1, Schmidt 2 d α, Staudinger 1 a zu 1579, Patek S. 43, OLG. 21 S. 243. AA. RG. in JW. 93 S. 169: Hier wird für das Gebiet des ALR. in einem Verbrauch von Kapitalien eine Gefährdung des standesmäßigen Unterhalts nicht gefunden. Die gegenwärtige Gefahr des Alimentationsberechtigten dürfe gegenüber der in Zukunft drohenden des Alimentationspflichtigen nicht hintangesetzt werden. Ebenso JW. 04 S. 295.

halte verfügbaren Einkünfte berücksichtigt werden sollen. Es müssen demnach die Einkünfte ausscheiden, die bereits der Verfügungsmacht des Verpflichteten durch seine Gläubiger entzogen sind.[1]) Damit ist aber auch gesagt, daß alle anderen Einkünfte in Anrechnung gebracht werden sollen, auch die Schulden des Unterhaltspflichtigen nicht vorher abgezogen werden dürfen, aber nicht wie Haidlen[2]) will, daß nur die zum standesmäßigen Unterhalt nötigen Einkünfte berechnet werden dürfen.

Kann der Unterhaltspflichtige so ohne Gefährdung seines standesmäßigen Unterhalts seinen Unterhaltspflichten gegenüber dem Berechtigten nicht nachkommen, so kann er aus seinen eben gedachten Einkünften ²/₃ zurückbehalten. Diese ²/₃ Teilung ist nach dem Vorbilde des französischen Rechtes (code civile Art. 301) geschaffen. Sie ist besonders durch den Umstand gerechtigt, daß zunächst einmal ein fester Maßstab als Grundlage für die Beschränkung des Verpflichteten geschaffen werden mußte. Dann ist diese Quotenteilung auch keineswegs ganz willkürlich. Denn sie beruht auf der Erwägung, daß zwei Personen zum Leben verhältnismäßig weniger gebrauchen als eine.[3]) Da aber der Unterhaltspflichtige durch diese Vorschrift geschützt werden soll, ist die größere Quote diesem zuzuerkennen, während unter Berücksichtigung der Vorschrift als Schutzvorschrift für den Pflichtigen mit der Zuerkennung eines Drittels an den Berechtigten daneben auch noch die Interessen dieses Bedürftigen genügend berücksichtigt sind.

Dadurch, daß der Gesetzgeber dem Unterhaltspflichtigen ein Zurückbehaltungsrecht in Höhe der ²/₃ gegeben hat, hat er ihn mit prozeßualen Vorteilen bedacht, die unten näher zu erörtern sein werden.

Diese Beschränkung auf ²/₃ des standesmäßigen Unterhalts ist aber auch nur als feste Grundlage gedacht, die nicht in jeder Hinsicht maßgebend ist. Denn einmal kann ja der standesmäßige Unterhalt unter die ²/₃ herabsinken, während andererseits das Zurückbehaltungsrecht die Höhe von ²/₃ übersteigt, wenn diese zum notdürftigen Unterhalt des Pflichtigen nicht ausreichen. Für diesen Fall bestimmt das Gesetz, daß der notdürftige Unterhalt zurückbehalten werden kann.

Auch der notdürftige Unterhalt umfaßt den gesamten Lebensbedarf einer Person. Auch hierbei wird im allgemeinen

[1]) So Schmidt 2 d α, Opet 2 zu 1521, Toop S. 25.
[2]) Haidlen, BGB. III S. 370.
[3]) Prot. IV S. 525.

auf die Lebensstellung und die sonstigen Verhältnisse des Verpflichteten Rücksicht genommen werden müssen. So wurde für die 54jährige Frau eines Apothekenbesitzers, die wegen ihrer Augen den Arzt häufig zuziehen mußte, ein Betrag von 1400 Mk. für den notdürftigen Unterhalt kaum als ausreichend bezeichnet.[1] Auch wurde das Verlangen, an einen billigeren Ort überzusiedeln, für nicht gerechtfertigt erklärt, da es nicht der Billigkeit entspreche, eine so alte Dame aus ihrer gewohnten Umgebung und von dem Orte, an dem ihr eine angemessene ärztliche Hilfe zu Gebote stände, zu entfernen. So wird man den notdürftigen Unterhalt eines Beamten nicht mit dem eines Arbeiters an demselben Orte auf eine Stufe stellen können, wie Patek[2] es will. Er, wie Davidson[3] und Sauer,[4] die auch auf die Lebensstellung des Verpflichteten keine Rücksicht nehmen wollen, verkennen den Zweck des Gesetzes. Dies stellt doch durch seine Bestimmungen in § 1579 ganz offenbar das Recht der Selbsterhaltung über das des Unterhalts. Das Recht der Selbsterhaltung aber würde leiden, wenn durch einen allzu sehr gekürzten eigenen Unterhalt die Lebensstellung des Verpflichteten Abbruch erlitte. Freilich gibt der notdürftige Unterhalt das geringste Maß an, das bei seiner Lebensstellung den Unterhaltspflichtigen noch ausreichenden Unterhalt gewährt. Der notdürftige Unterhalt bezeichnet darum auch die äußerste Grenze der Leistungsfähigkeit des Verpflichteten. Dieser muß ihm auch dann gelassen werden, wenn er imstande wäre, mehr als diesen zu erwerben, ihn aber tatsächlich nicht erwirbt.[5] Denn den Verpflichteten auf Kosten des Berechtigten darben zu lassen, geht nicht an.

Genügt nun eine Gefährdung des notdürftigen Unterhalts, um den Verpflichteten ein Zurückbehaltungsrecht über die $\frac{2}{3}$ hinaus zu gewähren, oder muß eine Beeinträchtigung bereits eingetreten sein? Erler[6] will sich auch hier mit einer Gefährdung begnügen, da die Rücksicht auf den Verpflichteten hier noch dringender sei als beim standesmäßigen Unterhalt. Die Mehrzahl der übrigen Schriftsteller[7] fordert dagegen eine Beeinträchtigung des notdürftigen Unterhalts. Erlers Gründe

[1]) OLG. 21 S. 241.
[2]) Patek S. 43.
[3]) Davidson S. 133.
[4]) Sauer S. 637.
[5]) Patek S. 43.
[6]) Erler S. 141.
[7]) Staudinger 1a zu 1579, Davidson S. 133, Sauer S. 637.

mögen vom sozialen Standpunkt aus richtig sein, sie stehen leider nicht mit den Worten des Gesetzes in Einklang. Denn während die Gefährdung des standesmäßigen Unterhaltes im Vordersatze ausdrücklich hervorgehoben ist, ist im Nachsatze gesagt, „wenn diese zum notdürftigen Unterhalt nicht ausreichen." Die Verletzung des notdürftigen Unterhalts muß darnach bereits eingetreten sein.

Beispiele für § 1579 Abs. 1 S. 1:

1. Einkünfte 3900 Mk., standesmäßiger Unterhalt des Verpflichteten 3000 Mk., des Berechtigten 1500 Mk., dann erhält der Verpflichtete 2600 Mk. und der Berechtigte 1300 Mk.,

2. wie zu 1, notdürftiger Unterhalt des Verpflichteten 2800 Mk., dann erhält der Berechtigte nur noch 3900—2800 Mk. = 1100 Mk.

Die zweite Unterhaltsbeschränkung des § 1579 BGB. ist zu Gunsten der minderjährigen, unverheirateten Kinder und des neuen Ehegatten gemacht. Nach dem Wortlaut des Gesetzes hat es den Anschein, als ob allein die Tatsache genüge, daß der Verpflichtete minderjährigen Kindern und einem neuen Ehegatten Unterhalt gewähre, um zu einer Beschränkung der Unterhaltsgewährung nach dem Gesichtspunkte der Billigkeit zu gelangen. Nach dem Zusammenhange und vor allem nach dem Sinne kann es jedoch nicht zweifelhaft sein, daß der zweite Satz des ersten Absatzes auch den Obersatz des ersten Satzes zur Voraussetzung hat. Denn andernfalls würde es jedem pflichtigen Ehegatten möglich sein, durch eine Wiederverheiratung seine Unterhaltspflicht zu beschränken. Da aber dies zum mindesten für den reichen, leistungsfähigen Verpflichteten ein unsinniges Ergebnis wäre, kann die Bestimmung des zweiten Satzes im Abs. 1 nur unter der Voraussetzung des ersten Obersatzes gemeint sein.[1])

Die Unterhaltsbeschränkung nach dem Billigkeitsmaßstabe zu Gunsten „eines minderjährigen, unverheirateten Kindes" bezieht sich nicht auf Enkel, wie Fischer-Heule[2]) und Patek[3]) daraus entnehmen wollen, daß von „einem" und nicht von „seinem" Kinde die Rede ist. Denn der Gesetzgeber gebraucht

[1]) Wie hier OLG. 10 S. 288, RG. vom 21. II. 10 im Recht 14 Nr. 3528, Sauer S. 638, JW. 07 S. 835, RG. 67 S. 59, Staudinger 1 b α, Planck 5 zu 1579, JW. 03 Beil. 88, Sturm S. 19, Patek S. 45, Lotz S. 72/73, Sauer S. 638, Davidson S. 133.

[2]) Fischer-Heule 7 zu 1578.

[3]) Patek S. 45.

sonst stets den Ausdruck „Abkömmlinge", wenn er Kinder und Kindeskinder bezeichnen will, während er mit Kindern nur die Deszendenten des ersten Grades bezeichnet. So im § 1609, wo beide Ausdrücke im prägnanten Sinne gebraucht sind.[1])

Zu den Kindern im Sinne des Satzes 2 Abs. 1 § 1579 gehören auch nicht die unehelichen Kinder. Denn ein uneheliches Kind wird in der Regel vom unehelichen Vater nur bis zum 16. Lebensjahre unterhalten. Hier ist aber von einem minderjährigen, unverheirateten Kinde die Rede. Soweit sich die Unterhaltspflicht aber auf ein uneheliches Kind beziehen würde, würden die genannten Epitheta gar keine Gegensätze vertragen. Da aber gerade die Frage der Minderjährigkeit und der Verheiratung bei der Alimentation ehelicher Kinder von erheblicher Bedeutung ist (§§ 1602, 1603, 1609, 1612), so geht daraus hervor, daß unter den minderjährigen, unverheirateten Kindern hier die unehelichen nicht mit verstanden sein können. Ihre Alimentation wird daher nur unter dem Begriff „sonstige Verpflichtungen" eine Beschränkung des Unterhalts herbeiführen können.[2])

Andererseits ist der Billigkeitsmaßstab des Satzes 2 und nicht Satz 1 in Anwendung zu bringen, wenn der Pflichtige einem minderjährigen, unverheirateten Kinde Unterhalt zu gewähren hat, auch wenn dieses in Gemäßheit des § 1617 im Haushalte oder Erwerbsgeschäfte des Verpflichteten tätig wird.[3])

Die Beschränkung des zweiten Satzes Abs. 1 § 1579 geht dann dahin, daß ein Betrag festgesetzt wird, der mit Rücksicht auf die Bedürfnisse sowie auf die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse der Beteiligten der Billigkeit entspricht.

„Beteiligte" sind alle in Frage kommenden Personen, also sowohl der Verpflichtete als alle genannten Unterhaltsberechtigten.

Unter „Erwerbsverhältnissen" ist nicht nur die Arbeits- und Erwerbsfähigkeit zu verstehen, sondern es muß auch die Möglichkeit und Gelegenheit einer solchen Fähigkeit entsprechenden Tätigkeit nachgewiesen werden.

Für das billige richterliche Ermessen ist dann keine rechnerische Grundlage gegeben, wohl zumeist aus der Erwägung, daß ein solcher Maßstab bei der ungeheuren Verschiedenartigkeit der Fälle die Festsetzung eines billigen und

[1]) Wie hier Staudinger 1 b δ und Planck 4, Schmidt 3 c α zu 1579.
[2]) So Recht 07 S. 1070, Nr. 2569.
[3]) Puchelt 36 S. 445.

angemessenen Betrages im einzelnen nur erschwere. Es können deswegen auch nur allgemeine Auslegungsregeln gegeben werden. Da der freien richterlichen Beurteilung der weiteste Spielraum gewährt ist, wird der Richter am meisten seiner Sache gerecht werden, wenn er unter Prüfung aller in Frage kommenden Verhältnisse der tatsächlichen Lage des Einzelfalles sein Urteil anzupassen sucht. Sein Urteil darf aber nur dahin gehen, wie viel Unterhalt dem geschiedenen Ehegatten auszukehren ist. Damit ist aber nicht gesagt, daß der Verpflichtete auf jeden Fall dem Berechtigten einen Beitrag zum Unterhalt zu liefern habe, es kann sehr wohl der Billigkeit entsprechen, daß der Verpflichtete zu keiner Leistung an den geschiedenen Ehegatten verbunden ist.[1]) So wurde vom RG. in einem Falle[2]) entschieden, daß ein Wochenlohn von 24 Mk. nur notdürftig ausreiche, eine Familie zu ernähren, und daß es daher unbillig erscheine, den verheirateten Verpflichteten zur Abgabe auch nur eines geringen Betrages an den Berechtigten zu verurteilen.

Daraus kann nun aber nicht gefolgert werden, daß der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten dem der anderen Berechtigten nachsteht, wie Lotz und Erler[3]) meinen. Der erste Entwurf hatte allerdings die konkurrierenden Ansprüche so geregelt, daß der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten hinter dem der Kinder und des neuen Gatten stand. Die zweite Kommission hat jedoch diese Bestimmung nicht aufgenommen. Außerdem geht die Gleichstellung aller Berechtigten aus dem Wortlaut des Gesetzes hervor.[4])

Der Abs. 2 des § 1579 läßt bei dem unterhaltspflichtigen Mann unter den Voraussetzungen des Abs. 1 die Unterhaltspflicht ganz aufhören, wenn die Frau ihren Unterhalt aus dem Stamme ihres Vermögens bestreiten kann. Es kommt dabei nicht in Betracht, daß vorauszusehen ist, der Stamm des Vermögens werde auf diese Weise in absehbarer Zeit aufgezehrt sein.[5]) Diese Vorschrift Abs. 2 bedeutet eine Ausnahme zu § 1579, nach dem nur die Einkünfte des Vermögens zum Unterhalte der Frau verwendet werden sollen. Eine ähnliche Bestimmung für den Mann war nicht nötig, da bei

[1]) Planck 2, Opel 1b, Staudinger 1 b α und Schmidt 3 c β zu 1579, Sauer S. 638, Lotz S. 72.

[2]) RG. 48 S. 112.

[3]) Lotz S. 72, Erler S. 143.

[4]) Wie hier Staudinger 1 b β, Schmidt 3 b β zu 1579, Sauer S. 639.

[5]) OLG. Dresden 8. X. 09, Soergel 1910 zu 1579.

ihm auch nach § 1578 der Stamm des Vermögens aufgezehrt sein muß, bevor er die schuldige Frau auf Unterhalt in Anspruch nehmen kann.

Der Mann ist aber nur so lange von seiner Unterhaltsverpflichtung befreit, bis die Frau ihr Vermögen aufgezehrt hat.

War die Unterhaltspflicht durch Vertrag geregelt, so kann sie nicht mehr nach den Regeln des § 1579 ermäßigt werden.[1]) (§ 1614 ist ausdrücklich in § 1580 III nicht aufgenommen).

VI. Art und Weise der Unterhaltungsgewährung.

a) Rente.

Abweichend von dem Unterhaltsanspruche während bestehender Ehe (§ 1560) soll der Unterhalt nach der Scheidung durch Entrichtung einer Geldrente gewährt werden. Als Grund wird in den Motiven[2]) dafür angegeben, das infolge der Scheidung bei den Ehegatten regelmäßig eine Entfremdung und Verfeindung entstehe. Dem Verpflichteten wie dem Berechtigten ist damit das Recht entzogen, den Unterhalt in Naturalleistungen zu gewähren bezw. zu verlangen. Wird dagegen eine solche Art der Unterhaltsgewährung vertraglich ausgemacht, so ist nichts dagegen einzuwenden.

Die Geldrente ist nach Maßgabe des § 760 BGB zu entrichten, d. h. sie ist drei Monate im voraus zu entrichten und wenn der Berechtigte den Beginn des Vierteljahrsabschnittes erlebt hat, so gebührt ihm der ganze Vierteljahrsbetrag. War er zwar fällig, aber noch nicht bezahlt, so können die Erben des Berechtigten den Betrag trotzdem verlangen. Was für den Tod des Berechtigten gilt, muß auch für die Beendigung der Unterhaltsrente durch Wiederverheiratung des Berechtigten gelten.[3])

Im übrigen kommen die allgemeinen Vorschriften in Betracht, aus denen nach § 270 BGB., nach dem der Verpflichtete die Geldrente auf seine Gefahr an den Wohnsitz des Berechtigten zu übermitteln hat, hervorzuheben ist.

b) Sicherheitsleistung.

Über die für die Rente zu leistende Sicherheit sagt § 1580 Abs. 1 S. 2, ob und in welcher Art und für welchen Betrag

[1]) RG. 56 S. 121.
[2]) Motive IV S. 618.
[3]) Staudinger 1a, Planck 1 zu 1580.

der Unterhaltspflichtige Sicherheit zu leisten hat, bestimmt sich nach den Umständen. Aus der Fassung dieser Vorschrift geht hervor, daß es sich nicht um eine prozeßuale Befugnis des Richters, sondern um eine materiellrechtliche Bestimmung handelt. Der Richter hat deswegen auch nicht von Amts wegen über die Sicherheitsleistung zu befinden, sondern darf darüber nur auf Antrag entscheiden. Liegt aber ein solcher Antrag vor, dann hat der Richter über die Notwendigkeit, die Art und Höhe der Sicherheitsleistung nach freiem Ermessen zu entscheiden.

Für die Frage, ob die Sicherheitsleistung notwendig und erforderlich ist, ist in erster Linie die Gefährdung des Unterhalts des Berechtigten,[1]) daneben aber auch die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten maßgebend. Man wird davon auszugehen haben, daß im allgemeinen keine Sicherheit geleistet zu werden braucht.[2]) Wird sie demnach zuerkannt, so muß sich dies durch besondere Gründe rechtfertigen. Die Sicherheit ist auch nur für die Rente zu leisten; im Falle der Abfindung in Kapital ist ein solcher Anspruch auf Sicherheitsleistung nicht gerechtfertigt.

Ist der Verpflichtete zur Sicherheitsleistung schlechthin verurteilt, so hat er die Wahl unter den nach §§ 232—240 BGB. möglichen Mitteln.[3]) Im übrigen ist der Richter, falls er eine bestimmte Sicherheitsleistung anordnet, nicht an die in den §§ 232—240 BGB. aufgezählten Arten der Sicherheitsleistung gebunden, er kann auch andere wählen z. B. die Pfändung einer Bankforderung des Verpflichteten.[4])

Die Höhe der Sicherheitsleistung braucht nicht unbedingt mit dem Werte der Rente übereinzustimmen. Der Richter hat vielmehr im Wege freien richterlichen Ermessens nach den Umständen den Betrag festzusetzen, für den der Verpflichtete Sicherheit zu leisten hat. Dieser Betrag kann allerdings die Höhe einer Kapitalsabfindung ausmachen, wenn z. B. zu befürchten ist, daß der Verpflichtete durch Verschwendung oder Spiel sein Vermögen gefährdet. Er braucht aber nur die Höhe einer oder mehrerer Renten zu erreichen, wenn es sich z. B. um einen zwar leistungsfähigen, aber säumigen Schuldner handelt.

[1]) RG. 72 S. 199.

[2]) Erler S. 142, Scheppler S. 31.

[3]) Sauer S. 642.

[4]) Wie hier Staudinger 2b, Planck 2 zu 1580, Davidson S. 139, AA. Eger S. 525, der den Richter an die Möglichkeiten der §§ 232—240 binden will.

c) Kapitalsabfindung.

Statt auf Rente kann auf Kapitalsabfindung erkannt werden, wenn zweierlei vorliegt:

1. ein Antrag vom Berechtigten und
2. ein wichtiger Grund.

Der Antrag kann nur vom Berechtigten ausgehen. Damit ist gesagt, daß weder der Verpflichtete ein Recht auf Kapitalsabfindung hat, noch daß der Richter auch beim Vorliegen eines wichtigen Grundes nicht ohne den erforderlichen Antrag des Berechtigten auf Kapitalsabfindung erkennen kann. Die zweite Voraussetzung ist „ein wichtiger Grund". Durch dieses Erfordernis wird zum Ausdruck gebracht, daß die Kapitalsabfindung der Rente gegenüber die Ausnahme bedeutet. Wann ein solch wichtiger Grund vorliegt, darüber hat der Richter im Wege billigen Ermessens zu entscheiden.

Ein solch wichtiger Grund wird sowohl in den Verhältnissen des Berechtigten wie des Verpflichteten gefunden werden können. Beim Berechtigten wird insbesondere das Verlangen nach einer gesicherten, wirtschaftlichen Stellung etwa durch Gründung eines Geschäftes oder Erwerb eines Landgutes in Betracht kommen, während beim Verpflichteten alle die Umstände ins Gewicht fallen, die zu einer Beeinträchtigung des Unterhaltsanspruches des Berechtigten führen können, also Auswanderung, Unfähigkeit zur Sicherheitsleistung,[1] Tod des Verpflichteten, wenn er unter Hinterlassung einer großen Anzahl von Erben gestorben ist, und anders mehr. Man wird aber dabei nicht übersehen dürfen, daß auch auf die Verhältnisse des Verpflichteten insoweit Rücksicht zu nehmen ist, als ihm eine Kapitalsabfindung, die ihn wirtschaftlich ruinieren würde, nicht zugemutet werden darf. Andererseits darf dem Berechtigten auch nur dann eine Kapitalsabfindung gewährt werden, wenn nicht die Besorgnis gegeben ist, er würde das Kapital alsbald vergeuden. Denn durch die Kapitalsabfindung ist der Unterhaltsanspruch erloschen und weder der Berechtigte kann etwas fordern, wenn er nachträglich wieder verarmt, noch der Verpflichtete etwas zurückverlangen, wenn der Berechtigte gleich darauf sich verheiratet oder stirbt.

Trotz Fehlens eines wichtigen Grundes muß der Richter auf Kapitalsabfindung erkennen, wenn beide Parteien darauf

---

[1]) OLG. 2 S. 440.

antragen, oder der Verpflichtete den Anspruch auf Kapitalsabfindung anerkennt.[1])

Die Höhe der Abfindung richtet sich wieder nach besonderen Umständen und ist auch hier vom Richter nach freiem Ermessen festzusetzen. Hierbei ist die vermutliche Lebensdauer des Berechtigten, die Möglichkeit einer Wiederverheiratung, die Vermögensverhältnisse beider Teile usw. zu berücksichtigen. Eine einfache Kapitalisierung der Rente in der Weise, daß ein 4%, Jahreszins des Kapitals die Rente ausmacht, wie Walter[2]) verlangt, ist als zu schematisch und den Verhältnissen des Einzelfalls nicht genügend abzulehnen.[3])

VII. Maß des Unterhaltsanspruches.

a) Standesmäßiger Unterhalt.

Was standesmäßiger Unterhalt ist, ist im allgemeinen schon oben Seite 23 unter Hinweis auf § 1610 BGB. gesagt. Hier sei noch einmal hervorgehoben, daß der standesmäßige Unterhalt in der Regel gewährt und nur ausnahmsweise auf ein geringeres Maß beschränkt wird. Er umfaßt mit dem gesamten Lebensbedarf auch die Ärzte- und Kurkosten, während die Verpflichtung, Schulden, Prozeß- und Strafkosten des Verpflichteten zu bezahlen, nicht darunter fällt.[4])

b) Notdürftiger Unterhalt.

Der Begriff des notdürftigen Unterhalts ist schon oben S. 35 bei Besprechung der Unterhaltsbeschränkung nach § 1579 erörtert worden. Es wird an dieser Stelle darauf verwiesen.

Hier interessiert noch, wann nur der notdürftige Unterhalt gewährt wird. Außer dem bereits erwähnten Falle des § 1579 kommt hier noch § 1611 Abs. 1 in § 1580 III in Betracht. Diese Bestimmung besagt, daß, wer durch sittliches Verschulden unterhaltsbedürftig geworden sei, nur den notdürftigen Unterhalt verlangen könne. Unter sittlichem Ver-

---

[1]) Davidson S. 140, Gaupp-Stein, Erl. zu 894.

[2]) Walter S. 71.

[3]) Wie hier Planck 2, Staudinger 2b, Neumann 3, Schmidt 3c, Bock S. 75, Sturm S. 21, Patek S. 47, Scheppler S. 31, Sauer S. 643.

[4]) Motive IV S. 696 u. OLG. 12 S. 321.

schulden ist in der Regel Spiel, Verschwendung,[1] Trunksucht, strafrechtliches Vergehen, für das entehrende Freiheitsstrafe verhängt worden ist; usw. zu verstehen. Verarmung durch eigene Schuld z. B. durch große geschäftliche Spekulationen ist keine sittliche Verfehlung. Feste Regeln für diesen Begriff können auch hier nicht aufgestellt werden, da auch dieser der freien richterlichen Beweiswürdigung des einzelnen Falles unterliegt.[2]) Nach der negativen Seite ist der Begriff noch dahin abzugrenzen, daß ein schweres[3]) sittliches Verschulden nicht erforderlich ist, daß weiter die sittliche Verfehlung auch nicht in einer Handlung liegen muß, die gegen den Unterhaltspflichtigen gerichtet ist.[4])

Das zweite Erfordernis der Bestimmung ist, daß der Pflichtige durch das sittliche Verschulden bedürftig geworden ist. Es muß also ein Kausalzusammenhang zwischen der sittlichen Verfehlung und der Bedürftigkeit gegeben sein.[5])

Die Bestimmung trifft damit nur den berechtigten Ehegatten, der noch über einiges Vermögen verfügt, während sie für den armen Berechtigten belanglos ist. Dieser kann sich darum alle möglichen sittlichen Verfehlungen zu schulden kommen lassen, ohne dafür durch Schmälerung seines Unterhaltsanspruches bestraft zu werden. Das ist aber eine wenig erfreuliche Schlußfolgerung.

Diese Vorschrift gilt wie für den Berechtigten unschuldigen Ehegatten auch für den Geisteskranken. Bei diesem wird sie nur in der Hinsicht in Frage kommen, als seine Geisteskrankheit auf ein sittliches Verschulden z. B. durch Trunksucht zurückzuführen ist und er durch diese Geisteskrankheit bedürftig geworden ist. Hier muß also zwischen allen 3 Punkten Kausalzusammenhang gegeben sein.

---

[1]) Scheppler S. 30 u. Davidson S. 144.

[2]) Vgl. Patek S. 48/49. Zuzugeben ist ihm, daß sittliches Verschulden ein relativer, fließender Begriff ist, dessen Feststellung im besonderen Falle von der Anschauung des einzelnen beeinflußt wird. Wenn er aber aus diesem Grunde den Begriff „sittliches Verschulden" hier ausmerzen möchte, so ist ihm darin nicht beizupflichten. Denn solche und ähnliche Begriffe, wie etwa gute Sitten, Treu und Glaube lassen sich ihres Begriffes wegen allein nicht ohne weiteres vom Gesetzgeber vermeiden.

[3]) Scheppler S. 30.

[4]) Prot. IV S. 494. Ein ausdrücklich dahingehender Antrag wurde abgelehnt.

[5]) JW. 02 S. 72.

VIII. Erlöschen des Unterhaltsanspruches.

a) Tod und Wiederverheiratung des Berechtigten.

Durch den Tod des Berechtigten erlischt ihrem Wesen entsprechend die Unterhaltspflicht. Dies Erlöschen der Unterhaltspflicht zeigt jedoch in sofern eine Besonderheit, als es zum Schluß noch einmal die Unterhaltspflicht erweitert. Der im § 1580 analog hier anwendbar erklärte § 1615 BGB. bestimmt nämlich im zweiten Absatze, daß im Falle des Todes des Berechtigten der Verpflichtete die Kosten der Beerdigung zu tragen habe, soweit ihre Bezahlung nicht von den Erben zu erlangen sei. Ob unter die Kosten der Beerdigung die Kosten einer Feuerbestattung zu rechnen sind, hängt davon ab, ob im einzelnen Falle die Feuerbestattung als standesmäßiges Begräbnis anzusehen ist. Auch wird beachtet werden müssen, daß die Kosten der Feuerbestattung mit denen der standesmäßigen Beerdigung in keinem allzu großen Mißverhältnis stehen dürfen. Von der Pflicht zur Tragung der Beerdigungskosten ist jedoch das Recht, Art und Ort der Beerdigung zu bestimmen, zu unterscheiden. Letzteres steht dem Verpflichteten nicht ohne weiteres zu.[1])

Die Unterhaltspflicht erlischt weiter nach positiver, gesetzlicher Bestimmung[2]) durch die Wiederverheiratung des Berechtigten. Mit dieser Bestimmung ist man der französischen Gesetzgebung gefolgt. Sie rechtfertigt sich aus der Erwägung, daß die Ehe regelmäßig „eine Quelle der Versorgung eröffnet und unter Umständen die Fortdauer der Unterhaltsverpflichtung des schuldigen Ehegatten durch Rücksichten der Billigkeit und des öffentlichen Interesses nicht geboten ist.“[3])

Die Unterhaltspflicht geht jedoch nur dann unter, wenn die neue Ehe giltig abgeschlossen ist. Wird diese dagegen auf erhobene Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage für nichtig erklärt, so gelangt dadurch die alte Unterhaltspflicht wieder zur vollen Geltung.[4]) Das folgt aus den allgemeinen Grundsätzen absoluter Nichtigkeit und der der Anfechtbarkeit folgenden Nichtigkeit, die einem nichtigen Rechtsgrunde jegliche Rechtsfolge versagt. Opet[5]) begründet seine gegenteilige Ansicht damit, daß

[1]) OLG. 14 S. 248.
[2]) § 1581 Abs. 1 BGB.
[3]) Motive IV S. 620.
[4]) Wie hier Lotz S. 77, Davidson S. 147, Staudinger 1 c, Schmidt 2 c u. f zu 1581. AA. Dernburg § 29 III 5 u. Opet 2 zu 1581.
[5]) Opet 2 zu 1581.

es unbillig wäre, wenn der Berechtigte als Gutgläubiger bei der neuen Eheschließung nun noch vielleicht gleichzeitig dem Bösgläubigen gegenüber einen Anspruch aus § 1345 BGB. hätte. Die Möglichkeit einer solchen Konkurrenz zwischen den Ansprüchen aus den §§ 1345 und 1578 muß allerdings zugegeben werden. Wie aber darin eine Unbilligkeit erblickt werden kann, daß der berechtige Ehegatte aus einem neuen Anlasse einen Unterhaltsanspruch gegen einen Dritten erwirbt, ist nicht einzusehen, zumal ja der Berechtigte dadurch keinen doppelten Unterhaltsanspruch erlangt, sondern nur den zweiten Anspruch soweit geltend machen kann, als der erste ihm seinen standesmäßigen Unterhalt nicht gewährt. Zwischen beiden Ansprüchen hat der Berechtigte die Wahl.

Die nichtige Eheschließung ist jedoch auf den alten Unterhaltsanspruch aus § 1578 ff. insofern von Einfluß, als der Berechtigte die Folgen des Verzuges, die aus der Nichtgewährung der Unterhaltsrente vom Eingang der nichtigen Ehe an hergeleitet werden könnten, nicht geltend machen kann. Ebenso hat der Berechtigte sich den Unterhalt anrechnen zu lassen, der ihm auf Grund der Ehe vom neuen Ehegatten tatsächlich gewährt ist. Dieser wird im Zweifel auch als standesgemäß angesehen werden müssen.

Dies Erlöschen der Unterhaltsverpflichtung durch Wiederverheiratung des Berechtigten findet jedoch entgegen dem alten Recht nicht statt, wenn die Ehe vor 1900 geschieden war.[1]

b) Wiederverheiratung und Tod des Verpflichteten.

Nicht erlöschend dagegen wirkt die Wiederverheiratung des Verpflichteten für seine Unterhaltspflicht nach Maßgabe des § 1579 (speziell Abs. 1 S. 2). Im übrigen zeigt die Wiederverheiratung des Verpflichteten insoweit eine Besonderheit, als hier die Unterhaltspflicht der geschiedenen, wiederverheirateten Frau ihrem geschiedenen Ehemann gegenüber am eingebrachten Gute zustehende Verwaltung und Nutznießung nicht in Betracht kommt.[2] Dagegen kommt die dem Manne zustehende Verwaltung und Nutznießung auf seine Leistungsfähigkeit in Anrechnung. Weiter ist zu merken, daß bei allgemeiner Gütergemeinschaft, Errungenschaftsgemeinschaft oder

[1]) OLG. 1 S. 217.

[2]) Es muß jedoch wie sonst in einer Klage gegen die Frau auf Duldung der Zwangsvollstreckung gegen den Mann geklagt werden.

Fahrnisgemeinschaft der neuen Ehe sich die Unterhaltspflicht des Mannes oder der Frau den Ehegatten der früheren Ehe gegenüber so bestimmt, wie wenn das Gesamtgut dem unterhaltspflichtigen Ehegatten gehörte. Sind bedürftige, geschiedene Ehegatten beider Ehegatten vorhanden, so ist der Unterhalt aus dem Gesamtgute so zu gewähren, wie wenn die Bedürftigen mit beiden Ehegatten verheiratet gewesen wären. Reicht der Unterhalt für mehrere nicht aus, so muß er verhältnismäßig gekürzt werden.

Ebensowenig wie durch Wiederverheiratung erlischt der Unterhaltsanspruch durch den Tod des Verpflichteten.

Nach dem ersten Entwurfe freilich ging die Unterhaltspflicht nicht auf die Erben über. Man glaubte, daß einer angemessenen Regelung dieses Unterhaltsanspruches gegen die Erben zu viel praktische Hindernisse entgegenständen.[1]) Die zweite Kommission führte aber „im Interesse einer größeren Sicherheit des geschiedenen, unschuldigen Ehegatten" die geltende Bestimmung ein. Sie erwog dabei auch insbesondere, daß der Unterhaltsanspruch gegen die Erben ein Äquivalent für das durch die Scheidung verlorene Erbrecht sei und daß dieses in den meisten Fällen gerade den Unterhalt des überlebenden Ehegatten sicher stelle.[2])

Die Unterhaltspflicht erlischt darnach nicht mit dem Tode des Verpflichteten, sondern sie geht im vollen Umfange auf die Erben über. Auch kann der Erbe nicht das beneficium competentiae des § 1579 für sich geltend machen. Wenn Walter[3]) auf dem Umwege von den §§ 1580, 1607, 1603 zu dem Resultat gelangt, daß der Erbe gemäß § 1603 bei Gefährdung seines standesmäßigen Unterhalts überhaupt keinen Unterhalt zu leisten habe, so ist dies aus dem Grunde nicht richtig, als § 1607 nur für entsprechend anwendbar erklärt ist und der dort angezogene § 1603 entsprechend durch § 1579 ersetzt werden muß Wird aber § 1579 im Spezialfalle des § 1582 für nicht anwendbar erklärt, so kann der Erbe nicht auf § 1603 zurückgreifen, da er ja nicht als Verwandter des berechten Ehegatten haftet, sondern als Erbe des Verpflichteten. Dies ändert sich auch prinzipiell dann nicht, wenn der Erbe ein gemeinschaftliches Kind des Berechtigten und des Verpflichteten ist. Er würde sich in diesem Falle erst dann

[1]) Motive IV S. 619.
[2]) Prot. IV S. 526.
[3]) Walter S. 75/76.

auf § 1603 berufen können, wenn seine Verpflichtung aus § 1582 zum standesmäßigen Unterhalt des Berechtigten nicht ausreichen und er aus § 1601 als Verwandter in Anspruch genommen würde.

Nach § 1582 hat der Erbe das Recht, ohne Rücksicht auf seine Leistungsfähigkeit die Rente auf die Hälfte der Einkünfte, die der Verpflichtete zur Zeit des Todes aus seinem Vermögen bezogen hat, herabzusetzen. Da sein Herabsetzungsrecht sonach an keine Voraussetzungen gebunden ist, untersteht es seiner freien Entschließung, ob er es ausüben will oder nicht. Auch ist dieser sein Entschluß an keine Frist gebunden. Er kann sein Herabsetzungsrecht also auch dann noch geltend machen, wenn er schon längere Zeit die Rente in voller Höhe bezahlt hat.

Bei den Einkünften, die der Verpflichtete zur Zeit seines Todes bezogen hat, ist zunächst aller Arbeitsverdienst des Verpflichteten auszuscheiden. Ebensowenig gehört dahin Gehalt, Pension, Leibrente, Nießbrauch und die Lebensversicherung des Verpflichteten. In Ansatz zu bringen sind vielmehr nur Einkünfte aus tatsächlich vorhandenen Vermögenswerten, etwa wie Grundstücken, Hypotheken, Wertpapieren, Autor-, Patent- und Urheberechten.

Maßgebend für die Berechnung der Einkünfte ist die Zeit des Todes des Verpflichteten. Das heißt nicht der Todestag sondern eine von Fall zu Fall bestimmende Wirtschaftsperiode, regelmäßig das letzte Rechnungsjahr vor dem Tode des Erblassers.[1]) Nach dem Wortlaute des Gesetzes sind nun diese Einkünfte nur soweit in Anrechnung zu bringen, als sie der Erblasser bezogen hat. Es handelt sich hier jedoch lediglich um einen unkorrekten Ausdruck wie die Entstehungsgeschichte zeigt. Nach der Fassung, die diese Bestimmung vor der zweiten Kommission erhielt, sollte die Hälfte der Einkünfte des beim Tode vorhandenen Vermögens des Verpflichteten frei bleiben. Die Redaktionskommission änderte dann den Wortlaut zur Fassung des BGB., ohne daß dabei die Absicht hervorgetreten wäre, etwas sachlich an der Bestimmung zu ändern. Hinzu kommt, daß bei einer wörtlichen Interpretation die Bestimmung unsinnig sein würde, da sie alle Vermögenseinkünfte unberücksichtigt lassen würde, die durch Zufall etwa der Erblasser nicht tatsächlich erhalten hätte.[2])

[1]) RG. 70 S. 215.
[2]) RG. 70 S. 214.

Es sind darum nicht nur alle tatsächlich erzielten, sondern alle erzielbaren Vermögenseinkünfte in Ansatz zu bringen.[1])

Von diesen so festgestellten Vermögenseinkünften sind dann alle Schulden nach einem besonderen Tilgungsplane (vgl oben S. 31) in Abzug zu bringen. Von dem dabei erzielten Überschuß kann der Erbe zunächst einmal die Hälfte für sich behalten. Er muß aber die andere Hälfte zur Erfüllung seiner Unterhaltspflicht verwenden, es sei denn, daß der von ihm zu entrichtende, standesmäßige Unterhalt weniger betragen sollte als diese Hälfte. Diese Regelung kann unter Umständen eine starke Herabsetzung des Unterhaltsanspruchs enthalten, ja sie kann sogar den Untergang des Unterhaltsanspruches bedeuten. Das übersah auch die zweite Kommission nicht. Sie glaubte jedoch, daß in dieser Regelung ein gleich hoher Vorteil liege, als sie dem Berechtigten ein sicheres, von Schwankungen unabhängiges Einkommen gewähre.[2])

Freilich so ganz ohne Schwankungen ist die vom Berechtigten als Unterhalt bezogene Hälfte auch noch nicht. Einkünfte von einem Rechte nämlich, das mit dem Eintritt eines bestimmten Zeitpunktes oder Ereignisses erlischt, bleiben vom Eintritt des Zeitpunktes oder des Ereignisses an außer Betracht, z. B. Einkünfte aus einem nach einer Reihe von Jahren erlöschenden Autorrechte. Der Erbe des Verpflichteten wird in einem solchen Falle sein Herabsetzungsrecht gemäß § 323 ZPO. geltend machen können.

Wenn der verstorbene Ehegatte in allgemeiner Gütergemeinschaft oder Fahrnisgemeinschaft gelebt hat und nun fortgesetzte Gütergemeinschaft eingetreten ist, so gehört der Unterhaltsanspruch zu den Gesamtgutsverbindlichkeiten[3]) (§§ 1475, 1480, 1483 und 1549 BGB.).

Von mehreren Miterben kann jeder das Herabsetzungsrecht nach § 1582 ausüben. Wenn eine entsprechende Erklärung von einem Erben dem Berechtigten gegenüber abgegeben ist, so ist das genügend.

Im Innenverhältnis kann jeder Erbe verlangen, daß, solange der Nachlaß noch nicht geteilt ist, nur der nach § 1582 gekürzte Rentenbetrag an den Berechtigten ausgezahlt wird[4])

---

[1]) Staudinger 3 β, Planck 3 zu 1582, Patek S. 53.
[2]) Prot. IV S. 527.
[3]) Prot. IV S. 527, Davidson S. 150.
[4]) Schmidt 3 f.

(§ 2038). Ebenso kann jeder Miterbe verlangen, daß bei der Auseinandersetzung der zur Bezahlung der Rente erforderliche Betrag zurückbehalten wird[1]) (§ 2046).

Für den Fall, daß mehrere unterhaltsberechtigte, geschiedene Ehegatten[2]) vorhanden sind, bestimmt das Gesetz, daß der Erbe die Renten nach dem Verhältnisse ihrer Höhe soweit herabsetzen könne, daß sie der Hälfte der Einkünfte gleichkämen.

Beispiel: Der Erblasser hatte ein Einkommen von 10 000 Mk., 5000 Mk. Gehalt und 5000 Mk. aus seinem Vermögen. Er hatte die A mit 2000 Mk und die B mit 3000 Mk. zu unterhalten. Der Erbe kann dann von den 5000 Mk. Vermögenseinkünften 2500 Mk. für sich behalten, während er den Rest zu den Unterhatsverpflichtungen verwenden muß. A erhält dann 1000 Mk. und B 1500 Mk. Fällt der Unterhaltsanspruch der A weg, so erhöht sich derjenige der B bis zur Höhe von 2500 Mk.

Das Herabsetzungsrecht des Erben bezieht sich nicht nur auf die Rente, die vom Richter festgesetzt war, sondern auch auf die durch Vertrag geregelte, es sei denn, daß durch den Vertrag ausdrücklich oder doch deutlich erkennbar die Absicht der Parteien hervorgetreten ist, diese gesetzliche Bestimmung auszuschließen.[3]) Die entgegenstehende Ansicht von Walter,[4]) der den vertraglich geregelten Unterhaltsanspruch überhaupt nicht § 1582 unterstellen will, geht fehl. Sie übersieht, daß der vom Gesetzgeber gewählte Ausdruck „Rente" nicht ohne Grund auf die vom Richter festgesetzte beschränkt werden darf und widerspricht auch der Billigkeit insofern, als die Erben des verträglichen Ehegatten für diese seine Eigenschaft bestraft würden.

Wie der Unterhaltsanspruch gegen die Erben rechtlich aufzufassen ist, darüber herrscht Streit. Opet[5]) und Schmidt[6]) bezeichnen ihn als gesetzliches Vermächtnis, während Scheppler[7])

[1]) Planck Bem. 3, Schmidt 3 f zu 1582.

[2]) Nur so kann das Wort „Berechtigte" ausgelegt werden, da bei den Verwandten die Unterhaltspflicht mit dem Tode aufhört, vgl. Planck 4, Staudinger 2 f, Davidson S. 151.

[3]) So Planck 3, Staudinger 3 g, Schmidt 3 b zu 1582, Davidson S. 151.

[4]) Walter S. 76.

[5]) Opet 1 zu 1582.

[6]) Schmidt 5 a zu 1582.

[7]) Scheppler S. 25.

und ähnlich Endemann[1]) von einer vererbten Unterhaltspflicht sprechen. Die ersteren Schriftsteller wollen durch ihre Bezeichnung die vom Gesetz für diesen speziellen Fall aufgestellte Vererblichkeit der Unterhaltspflicht umgehen. Jedoch ohne triftigen Grund. Zudem verschieben sie durch ihre Bezeichnung das rechtliche Bild, indem dadurch der Anschein erweckt wird, als entstehe die Unterhaltspflicht in der Person des Erben neu, während der Erbe doch nur mit der alten Unterhaltsverpflichtung des Erblassers belastet wird.

Die Unterhaltspflicht gehört zu den Nachlaßverbindlichkeiten (§ 1967). Der Erbe haftet darum für ihre Erfüllung auch persönlich, mehrere Miterben sogar als Gesamtschuldner, wenn sie nicht durch die Rechtsbehelfe der §§ 1975 ff. ihre Haftung auf den Nachlaß beschränkt haben.

Damit aber, daß die Unterhaltsverpflichtung eine Nachlaßverbindlichkeit ist, erschöpft sich noch nicht ihr rechtlicher Inhalt. Vielmehr trägt sie auch als Nachlaßverbindlichkeit noch familienrechtlichen Charakter. Der eine Begriff schließt nicht den anderen aus, wie z. B. Lotz[2]) zu meinen scheint, sondern beide bestehen nebeneinander. Der familienrechtliche Charakter ist auch nicht durch den Übergang der Unterhaltsverpflichtung auf die Erben untergegangen, sondern er besteht fort. Dies ergibt sich unter anderem daraus, daß der Unterhaltsanspruch auch jetzt noch je nach Bedürftigkeit des Berechtigten entstehen,[3]) untergehen, sich erhöhen oder sich ermäßigen kann.[4])

Mit diesen Erwägungen hängt noch der folgende Punkt zusammen:

c) Verjährung.

Da der Unterhaltsanspruch des Berechtigten sowohl gegen den Verpflichteten als auch gegen dessen Erben ein Familienrechtsanspruch ist, ist dieser Anspruch nach § 194 BGB. der Verjährung entzogen. Nur die einzelnen fällig gewordenen Unterhaltsbeträge verjähren nach § 197 BGB. in 4 Jahren. Ebenso unterliegt der Anspruch auf die einzelnen Leistungen der vierjährigen Verjährung, auch wenn der Anspruch rechtskräftig festgestellt ist (§ 218 Abs. 2 BGB).

[1]) Endemann § 167 Nr. 47.
[2]) Lotz, S. 78.
[3]) AA. Patek S. 54.
[4]) AA. Planck 7, Lotz S. 78, Patek S. 52 u. Schmidt 5b, wie hier Scheppler S. 25, Staudinger 7 zu 1582 u. Davidson S. 146.

d) Verzicht, Vorausleistung, Kapitalsabfindung.

Die nun folgenden Erlöschungsarten haben gemeinsam, daß sie von den Parteien willkürlich durch Vertrag herbeigeführt werden können. Der berechtigte Ehegatte kann auf sein Unterhaltsrecht verzichten. Tut er dies, so erlischt dadurch an sich sein Unterhaltsanspruch. Ja, er kann einen solch rechtsgültigen Verzicht schon vor dem Entstehen des Unterhaltsanspruches aussprechen, also z. B. vor Rechtskraft des Scheidungsurteils.[1] Der Verzicht kann jedoch in einem solchen Falle gegen § 138 BGB. verstoßen und somit nichtig sein, wenn er z. B. während des Scheidungsprozesses zur Erleichterung der Scheidung ausgesprochen wird.[2] Im übrigen ist der Verzicht formlos. Auch wenn er schenkungshalber erfolgt, bedarf er nicht der für das Schenkungsversprechen vorgeschriebenen Form, da der Erlaß der Unterhaltsverpflichtung die Vollziehung der Schenkung darstellt.[3] Enthielt jedoch der Verzicht eine Schenkung, so lebt der Unterhaltsanspruch des Berechtigten wieder auf, wenn er nachträglich bedürftig wird. Das folgt aus der analogen Anwendung des § 528 BGB.[4]

Wie der Berechtigte auf den ganzen Unterhaltsanspruch verzichten kann, kann er auch auf einen Teil verzichten. Einen solchen Teilverzicht wird man im Zweifel annehmen müssen, wenn der Verpflichtete eine größere Summe als die zur Zeit fällige Rente an den Berechtigten abführt und dieser die Summe vorbehaltslos annimmt.[5] Eine solche Voraussetzung kann aber immer nur den Unterhaltsanspruch soweit beseitigen, als einzelne Teilbeträge dadurch gedeckt werden.

Durch die Kapitalsabfindung geht der Unterhaltsanspruch völlig unter. Der Verpflichtete kann sie im Wege der ungerechtfertigten Bereicherung weder ganz noch zum Teil deshalb zurückverlangen, weil der Berechtigte kurz darauf stirbt oder sich wiederverheiratet.[6]

[1]) OLG. 15 S. 414.

[2]) RG. 26. IV. 09, Recht 13 Nr. 1894, OLG. 21 S. 240.

[3]) AA. Schmidt 5 b zu 1580 u. Toop S. 29, wie hier OLG. 15 S. 414.

[4]) Wie hier Staudinger 4 b, Planck 5 b, Schmidt 5 b zu § 1580. Davidson S. 128/29, Toop S. 29.

[5]) Wenn Erler S. 143 meint, der Berechtigte müsse sich eine Vorausleistung ohne weiteres gefallen lassen, so ist dies nicht richtig. Denn dieser ist nicht dazu verpflichtet, die Gefahr für die Aufbewahrung des Geldes für den Verpflichteten zu übernehmen.

[6]) Staudinger zu 1580, Schmidt 1 d zu 1581.

IX. Prozeßuale Geltendmachung des Unterhaltsanspruches.

a) Verfahren.

Die Klage auf Gewährung des Unterhaltes nach § 1578 ff. ist keine Ehesache nach § 606 ZPO. Sie erfolgt darum im ordentlichen Verfahren.[1]) Da zu den Voraussetzungen dieses Unterhaltsanspruches gehört, daß in einem rechtskräftigen Scheidungsurteil ein Ehegatte für allein schuldig erklärt ist,[2]) kann weder die Ehescheidungsklage mit der Unterhaltsklage verbunden werden,[3]) noch überhaupt während der Dauer des Scheidungsprozesses eine selbständige Klage auf Unterhaltsgewährung für den Fall angestrengt werden, daß die Ehe geschieden und der andere Teil allein für schuldig erklärt werden würde.[4]) Ebenso kann auch ein Ehegatte während des Scheidungsprozesses ein Vermögensstück des anderen Ehegatten zur Sicherung seiner künftigen Unterhaltsforderung aus § 1578 nicht mit Arrest belegen, selbst wenn er glaubhaft macht, daß der andere Ehegatte Ehebruch getrieben habe und nun auswandern wolle.[5]) Ein solcher Anspruch, der von einem so ungewissen, zukünftigen Ereignis, wie es die Ehescheidung ist, abhängig ist, kann keine gegenwärtigen Rechtsfolgen erzeugen und darf somit auch nicht durch Arrest gesichert werden.

Während des Scheidungsprozesses wird der Unterhalt nur nach den Bestimmungen der §§ 1360 61 geregelt.[6])

Mit der Klage auf Unterhalt kann auch die auf Sicherheitsleistung bezw. auf Erhöhung der Sicherheit verbunden werden.[7]) Wird der Antrag auf Sicherheitsleistung abgelehnt, so kann er gleichwohl nach § 324 ZPO. erneuert werden, wenn sich inzwischen die Vermögensverhältnisse des Verpflichteten erheblich verschlechtert haben. Hierbei muß es sich um eine nachhaltige, erhebliche Verschlechterung der gesamten Vermögensverhältnisse handeln.[8]) War jedoch im Unterhaltsprozesse kein Antrag auf Sicherheitsleistung gestellt, so kann dieser in

---

[1]) Scheppler S. 42, Davidson S. 129, Schmidt § 6 zu 1578.
[2]) Siehe S. 15/16.
[3]) RG. 5 S. 45, Motive IV S. 620, Walter S. 77.
[4]) Recht 6 S. 435.
[5]) AA. OLG. 21 S. 241.
[6]) Scheppler S. 42, OLG. 5 S. 125.
[7]) Walter S. 77.
[8]) Siehe S. 19.

einem besonderen Verfahren auch unabhängig von den Voraussetzungen des § 324 ZPO. nachgeholt werden.[1]) Das ergibt sich aus dem materiellrechtlichen Charakter des Anspruchs auf Sicherheitsleistung.[2]) Vor Geltendmachung des Unterhaltsanspruches kann man jedoch nicht auf Sicherheitsleistung klagen, da die Höhe der Sicherheitsleistung von der Höhe der zuerkannten Rente abhängig ist und auch die Sicherheitsleistung nicht einen vorübergehenden, sondern einen definitiven Zustand regeln soll.[3])

Auf der anderen Seite steht auch dem Verpflichteten das Recht zu, Aufhebung und Minderung der Sicherheit unter den Voraussetzungen des § 323 ZPO. zu verlangen.[4])

Die Klage geht im übrigen sowohl auf zukünftigen Unterhalt (§ 258 ZPO.) wie auf den für die Vergangenheit. Für die Vergangenheit allerdings nur von der Zeit an, zu welcher der Verpflichtete in Verzug gekommen oder der Unterhaltsanspruch rechtshängig geworden ist (§ 1613).

Wie schon oben[5]) erwähnt, kann sowohl der Berechtigte wie der Verpflichtete, wenn nach Erlaß des Urteils eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse eintritt, im Wege einer Klage eine entsprechende Abänderung des Urteils verlangen. Da für diese Klage kein besonderer Gerichtsstand vorgeschrieben ist, ist das Gericht, das das frühere Urteil erlassen hat, nicht ohne weiteres auch für den neuen Prozeß zuständig, vielmehr muß der Prozeß hierin den allgemeinen Regeln folgen. Gegenstand dieses neuen Prozesses sind nur die Veränderungen und die Grundlage des Urteils im früheren Prozesse ist in den neuen nur insoweit hineinzubeziehen, als sie durch den Vergleich mit den jetzigen Verhältnissen die Veränderungen klarstellt. Da die Abänderung des Urteils nur für die Zeit nach Erhebung der Klage wirkt (Abs. 3 § 323 ZPO.), so ist damit jede Nachforderung wie Zurückforderung für die Vergangenheit ausgeschlossen.[6]) Kann der Verpflichtete gegen den durch Urteil festgesetzten Unterhaltsanspruch eine Einrede aus § 1579 geltend machen, so braucht er zu deren Durchführung nicht unbedingt die Klage nach § 323 ZPO. anzustrengen, sondern er kann

[1]) Wie hier Eger S. 525, Davidson S. 140, AA. Gaupp=Stein zu § 324 Bem. 3.

[2]) Siehe S. 40.

[3]) Eger S. 525.

[4]) Eger S. 536, Davidson S. 141.

[5]) Siehe S. 29/30.

[6]) Gaupp=Stein, § 323 IV 1—3.

auch unter den Voraussetzungen des § 767 ZPO. im Wege der Zwangsvollstreckungsgegenklage sich gegen den urteilsmäßig festgestellten Anspruch wehren. Die entgegengesetzte Ansicht[1]) übersieht, daß der Verpflichtete in manchen Fällen die Einrede nach § 1579 haben wird, aber nicht die Voraussetzungen für § 323 ZPO. vorliegen werden.

b) Beweislast.

Für die Geltendmachung des Unterhaltsanspruches nach § 1578 ff. sind Bedürftigkeit auf der einen Seite und Leistungsfähigkeit auf der anderen Seite rechtserzeugende Tatsachen und als solche vom Kläger zu beweisen.[2]) Da aber die Beschränkungen der Leistungsfähigkeit durchweg in § 1579 geregelt sind und nach Fassung dieses Paragraphen die Beweislast umgekehrt ist, so hat in Wirklichkeit nicht der Kläger die Leistungsfähigkeit des Beklagten, sondern dieser seine Leistungsunfähigkeit zu beweisen. Bedenklich mag die Regelung dieser Beweisfrage in der Hinsicht erscheinen, als sowohl vom Kläger wie vom Beklagten die Negative zu beweisen ist. Doch ist der Beweis in Wirklichkeit nicht so schwer zu erbringen, da sich leicht positive Tatsachen anführen lassen, die den Schluß auf die Negative gestatten.[3])

Im einzelnen hat der Kläger zu beweisen, daß der Beklagte für den allein schuldigen Teil erklärt ist. Weiter hat er die Angemessenheit des für seinen standesmäßigen Unterhalt erforderlichen Betrages nachzuweisen.

Hierzu hat die klagende Frau noch den Nachweis zu erbringen, das ihre Vermögens- und Arbeitseinkünfte nicht ausreichen. Behauptet dann der Mann eine darüber hinausgehende Arbeitsüblichkeit, so ist er dafür beweispflichtig.

Der klagende Mann hat zu den vorher genannten Voraussetzungen noch zu beweisen, daß er vermögens- und erwerbslos ist.

Die Beschränkungen des § 1579 hat der Beklagte ausnahmslos zu beweisen.[4])

Die besonderen Umstände für Erlangung einer Sicherheitsleistung oder Kapitalsabfindung nachzuweisen, liegen dem

[1]) Davidson S. 136, wie hier Erler S. 141, Opet 1a, Schmidt 2 d β zu § 1579.
[2]) Vgl. Motive IV S. 684 u. 687.
[3]) Motive IV S. 684.
[4]) Vgl. OLG. 10 S. 283.

Kläger ob, während der Beklagte wiederum den Nachweis des sittlichen Verschuldens gemäß § 1611 zu führen hat.

c) Vergünstigungen.

Der Unterhaltsanspruch nach § 1578 ff. ist vielfach vom Gesetzgeber für besonders schutzwürdig gehalten.

So kann er nach § 850 Abs. 1 Nr. 2 nicht gepfändet werden. Dies bezieht sich, da im Gesetz kein Unterschied gemacht ist, nicht nur auf zukünftige Leistungen, sondern auch auf rückständige[1]) und ebenso auf vertragsmäßig ausbedungene.[2])

Daraus folgt weiter, daß der Unterhaltsanspruch nicht zum Gegenstande eines Nießbrauchs- oder Pfandrechtes gemacht, nicht abgetreten werden kann und die Aufrechnung ihm gegenüber nicht gestattet ist. Auch kann man der Unterhaltsforderung gegenüber kein Zurückbehaltungsrecht geltend machen,[3]) da sonst der Zweck der Unterhaltsgewährung illusorisch gemacht würde.

Weiter greifen nach § 850 IV ZPO. gewisse Beschränkungen der Pfändung zu Gunsten des Unterhaltsanspruches nicht Platz.

Da der Anspruch nicht gepfändet werden kann, gehört er auch nicht zur Konkursmasse des Berechtigten (§ 1 IV KO.). Die fälligen Unterhaltsbeträge dagegen sind beim Konkurse des Verpflichteten einfache Konkursforderungen und können als solche für die Zukunft nur geltend gemacht werden, soweit der Gemeinschuldner als Erbe des Verpflichteten haftet (§ 3 KO.).

In einer ganzen Reihe von Gesetzen sind dann die an sich statuierten Beschränkungen der Pfändung für diese Unterhaltspflicht aufgehoben. So in den Gesetzen vom 5. Juli 1900: Gewerbeunfallversicherungsgesetz § 96 I Nr. 2, Unfallversicherungsgesetz für Land- und Forstwirtschaft § 102 I Nr. 2, Bauunfallversicherungsgesetz § 37 Abs. 1, Seeunfallversicherungsgesetz § 160 I Nr. 2.

Weiter ebenso im Unfallfürsorgegesetz für Gefangene vom 30. Juni 1900, im § 55 Nr. 2 des Invalidenversicherungsgesetzes vom 19. Juli 1899, im Reichsgesetz vom 22. Mai 1893, Abänderungen und Ergänzungen der Militärpensionsgesetze Abs. 4, im Krankenversicherungsgesetz vom 25. Mai 1893

[1]) AA. Motive IV S. 706.
[2]) OLG. 7 S. 317, AA. Davidson S. 145.
[3]) OLG. 21 S. 240, Beschl. vom 30. Juni 1910.

§ 56 II und schließlich im § 4a des Lohnbeschlagnahmegesetz vom 21. Juni 1869.

Weitere Vergünstigungen allgemeiner Natur enthalten noch die §§ 829, 519, 528, 529, 678, 679, 683, 685 BGB. und §§ 114, 125, 708, 6 ZPO.

B. Unterhaltsrecht der Kinder im Verhältnisse der geschiedenen Ehegatten zu einander.

Die rechtliche Stellung der Kinder ihren Eltern gegenüber wird durch die Scheidung der Eltern prinzipiell nicht berührt, da das Verhältnis der Kinder zu ihren Eltern nicht auf der Ehe, sondern auf der Verwandtschaft beruht. So erfährt auch der Unterhaltsanspruch der Kinder gegen ihre Eltern durch deren Scheidung keine Veränderung. Im allgemeinen bleibt weiter auch die Stellung der Eltern und ihre Rangordnung zu dem Unterhaltsanspruche der Kinder nach der Scheidung die gleiche. Dieser Grundsatz wurde im gemeinen Recht[1]) streng durchgeführt. Das preußische ALR. aber zeigte schon Veränderungen im Verhältnisse der Eltern zu einander, indem es nach der Scheidung auch die Mutter im beschränkten Maße zur Unterhaltspflicht heranzog.[2]) Das BGB. ist dem Standpunkte dieses Gesetzes im allgemeinen gefolgt. Während der Ehe ist für das Verhältnis der Eltern untereinander zum Unterhaltsanspruche der Kinder § 1606 maßgebend. Dieser läßt den Vater vor der Mutter haften und die Mutter nur dann vor dem Vater, wenn ihr die Nutznießung am Vermögen der Kinder zusteht. Der Grund dafür, daß der Vater so in erster Linie in Anspruch genommen wird, ist in seiner bevorzugten Stellung, die er als Haupt der Familie in der Ehe einnimmt,[3]) und darin zu suchen, daß ihm diese Last als korrespondierende Pflicht für die ihm regelmäßig zustehenden Rechte der Verwaltung und Nutznießung am eingebrachten und am Kindes Gut auferlegt ist. Da nun mit der Scheidung beim Manne die bevorzugte Stellung des Eheherrn und des Nießbrauchers am ehelichen Gute fortfällt, ist es nicht mehr als billig, daß auch die jenen Rechten entsprechende Last ihn nicht mehr allein

[1]) RG. 8 S. 185.
[2]) ALR. II §§ 103—107.
[3]) Vgl. Erler S. 154 Ziffer 24.

trifft. Der erste Entwurf freilich wollte aus praktischen Gründen die Nutznießung des Vaters am Kindes Gut genügen lassen, um ihm dafür alle Lasten der Unterhaltspflichten gegen seine Kinder aufzuerlegen und erst dann eine Beitragspflicht der Mutter eintreten lassen, wenn diese Nutznießung nicht mehr bestände.[1]) Die zweite Kommission[2]) änderte jedoch diese Bestimmung aus Gründen der Billigkeit und besonders, weil ihr der vom ersten Entwurf gewählte Ausweg durch Verzicht auf die Nutznießung zu künstlich erschien, zur Fassung des § 1585 BGB. ab. Diese Bestimmung stellt für die Beitragspflicht der Mutter mehrere Voraussetzungen auf: Die erste ist, daß der Mann einem gemeinschaftlichen Kinde Unterhalt zu gewähren hat. Wann dies im Verhältnisse zur Frau während der Ehe der Fall ist, bestimmt § 1606 Abs. 2. Da durch die Scheidung der Ehe hierin keine Änderung eintritt, haftet prinzipiell der Mann vor der Frau. Der Mann muß nun weiter diesen Unterhalt einem gemeinschaftlichen Kinde zu gewähren haben. Kinder, die für den einen Teil Stiefkinder sind, oder uneheliche Kinder kommen für die Beitragspflicht der Frau nicht in Betracht. Wann diese Unterhaltspflicht einem gemeinschaftlichen Kinde gegenüber vorliegt, bestimmen die §§ 1602 und 1603 BGB. Darnach muß auf der einen Seite Bedürftigkeit des Kindes und auf der anderen Seite Leistungsfähigkeit des Mannes vorhanden sein. Genügen also z. B. die Einkünfte des freien Vermögens zum Unterhalte des Kindes[3]) oder wird durch die Unterhaltsleistung einem großjährigen oder verheirateten Kinde gegenüber der standesmäßige Unterhalt des Vaters und Mannes gefährdet, so zessiert die Unterhaltspflicht des Vaters und damit auch die Beitragspflicht der Mutter.

Eine weitere Voraussetzung für die Beitragspflicht der Frau ist, daß der Mann den Unterhalt des Kindes nicht aus der ihm am Vermögen des Kindes zustehenden Nutznießung bestreiten kann. Wenn er aus dieser Nutznießung den Unterhalt nicht ganz zu decken vermag, so hat zu dem fehlenden Betrage die Frau ihren Beitrag zu liefern. Das geht aus der Fassung des Satzes, der mit „soweit“ eingeleitet ist, hervor.

Die Frau hat ihre Beitragspflicht einmal aus den Einkünften ihres Vermögens[4]) zu leisten. Sie braucht jedoch

---

[1]) Motive IV S. 629.
[2]) Prot. IV S. 450.
[3]) Staudinger 2b, Planck 3 zu § 1585, Davidson S. 172, Toop S. 38.
[4]) Was hierunter zu verstehen ist, darüber vgl. S. 33.

keinesfalls den Stamm ihres Vermögens in Angriff zu nehmen.[1] Dagegen sind Zuwendungen, die die Frau von dritter Seite erhält, sofern sie dauernden Charakter tragen, für ihre Beitragspflicht zu berücksichtigen.[2] Es ist nämlich stets in Betracht zu ziehen, daß die Stellung des Kindes durch § 1585 gesichert werden soll. Weiter kann der Beitrag der Frau vom Ertrage ihrer Arbeit genommen werden. Im Gegensatz zu § 1578 ist es hier ohne Belang, ob Erwerb durch Arbeit üblich ist. Entscheidend ist hier vielmehr der tatsächlich erzielte Ertrag, der auch dann für die Beitragspflicht der Frau in Betracht kommt, wenn im übrigen die Üblichkeit des Arbeitserwerbes bei ihr verneint war.[3] Schließlich hat die Frau ihre Beitragspflicht aus den Erträgen eines von ihr selbständig betriebenen Erwerbsgeschäftes zu bestreiten. Auch hier ist die Frage unerheblich, ob die Frau an sich dazu verpflichtet ist, ein solches Geschäft zu betreiben. Wenn festgestellt ist, daß die Frau aus solchen Vermögens- und Erwerbsverhältnissen zum Unterhalt der Kinder beisteuern kann, dann kommt fernerhin noch die Höhe der Beiträge, die die Frau aus den genannten Einkünften zu leisten hat, in Betracht. Das Gesetz sagt, es soll ein angemessener Beitrag sein. Darnach dürfen die Unterhaltskosten nicht ohne weiteres geteilt und die eine Hälfte der Frau als Beitrag auferlegt werden, sondern der Richter wird unter Berücksichtigung aller in Frage kommenden Vermögens-, Erwerbs-, Familienverhältnisse usw. eine der besonderen Lage des Einzelfalls entsprechende billige Verteilung vorzunehmen haben. Zu berücksichtigen ist dabei auch, daß durch die Beitragspflicht der standesmäßige Unterhalt der Frau nicht gefährdet werden darf, da sonst die Frau gemäß § 1603 von ihrer Beitragspflicht ganz befreit wird.[4]

Eine Änderung der tatsächlichen Verhältnisse kann auch eine Änderung der Beitragspflicht zur Folge haben und als solche im Wege der Klage nach § 323 ZPO. herbeigeführt werden.[5]

Im übrigen ist der Anspruch des Mannes auf Beitragsleistung der Frau nicht von dem Umstande abhängig, daß der Mann zur Leistung des Unterhaltes an die Kinder nicht im-

---

[1]) Schmidt 4a, Planck 4 zu 1585.
[2]) RG. vom 20. IX. 09, Soergel 1910 zu 1585.
[3]) Staudinger 5 $\alpha\beta$, Sauer S. 655.
[4]) Sauer S. 656, Davidson S. 171, Schmidt 4b zu 1585.
[5]) Davidson S. 171, Schmidt 4c zu 1585.

stande ist. Ebensowenig beeinflußt die Schuld eines Ehegatten an der Scheidung oder die Wiederverheiratung eines Teiles der früheren Ehegatten die Beitragspflicht der Frau.

Diese Beitragspflicht der Frau ist nur dem Manne gegenüber begründet. Das Kind kann aus dieser Bestimmung keine Rechte für sich herleiten. Es büßt aber auch keine Rechte dadurch ein. Denn sein Unterhaltsanspruch gegen die Eltern wird durch den § 1585 nicht berührt. Ihm gegenüber wird die Mutter, die ihren Unterhaltsbeitrag pünktlich dem Manne abgeliefert hat, nicht befreit.[1]) Wenn darum der Mann diesen Beitrag zu einem anderen Zweck verwendet und dann außerstande ist, dem Kinde gegenüber seiner Unterhaltspflicht nachzukommen, ist die Mutter nach wie vor nach § 1606 Abs. 2 zur Alimentation des Kindes verpflichtet.[2])

In welcher Art und Weise die Betragsleistung zu erfolgen hat, bestimmt sich lediglich nach den Umständen. § 1612 kann ohne weiteres keine Anwendung finden, da er nur für die Unterhaltsleistung im allgemeinen gilt, hier aber nur das Innenverhältnis zwischen den früheren Ehegatten geregelt werden soll.[3]) Meistens wird der Beitrag gleichwohl in Geld erfolgen, da diese Art gewöhnlich durch das Getrenntleben der Ehegatten bedingt sein wird. Doch sind Naturalleistungen nicht ausgeschlossen. Nach Davidson[4]) soll der Mann, wenn ihm die Sorge für die Person des Kindes zusteht, auch die Art der Beitragsleistung durch die Frau bestimmen können. Davidson übersieht dabei meiner Meinung nach, daß diese Bestimmung nur das Innenverhältnis unter den früheren Ehegatten regeln will und daß deshalb die Rücksicht auf die Kinder hierbei zurücktritt.

Ebenso hängt die Zeit der Beitragsleistung von den Umständen ab. Auch hier ist weder § 1612 noch § 1580 maßgebend.[5])

Der Unterhaltsbetrag kann vom Manne auch für die Vergangenheit gefordert werden, auch wenn er ihn früher nicht verlangt hat, da § 1613 aus den oben angeführten Gründen keine Anwendung findet und die im § 1427 Abs. 2

[1]) AA. Patek S. 55.

[2]) Motive IV S. 630, RG. 57 S. 75, Sauer S. 657, Schmidt 12 zu 1585.

[3]) Schmidt 2 zu 1585, Toop S. 38, Planck 5 zu 1585.

[4]) Davidson S. 171, 173.

[5]) Planck 5, Staudinger 5 c zu 1585.

S. 2 ausdrücklich für die Vergangenheit getroffene Beschränkung hier nicht aufgenommen ist.[1]) Jedoch unterliegen die fälligen Beträge der Verjährung nach § 197 BGB. Da auch dieser Anspruch ein Familienrechtsanspruch ist, verjährt er nicht. (§ 194 BGB.)

Im allgemeinen trifft den Mann die Beweislast dafür, daß der von ihm verlangte Beitrag angemessen ist und die Frau zu dessen Leistung imstande ist, während die Frau zu beweisen hat, daß die Nutznießung des Mannes am Kindesgut zur Bestreitung seiner Unterhaltspflicht gegen die Kinder ausreicht. Wenn das bayrische oberste Landgericht[2]) der Frau auch noch die Beweislast dafür auflegen will, daß sie leistungsfähig ist, so verkennt dieser Gerichtshof, daß die Leistungsfähigkeit der Frau für ihre Beitragspflicht eine rechtserzeugende Tatsache ist, die der Kläger zu beweisen hat, und daß diese Beweislast im Gegensatz zu § 1579 nicht durch die Fassung des Wortlautes im § 1585 umgekehrt ist.

Im Interesse des Kindes ist dieser Anspruch auf Beitragsleistung zum Unterhalt vom Gesetzgeber als ein höchst persönlicher gestaltet. Er kann darnach nicht übertragen, nicht gepfändet, abgetreten usw. werden.[3]) Da kein Unterschied zwischen rückständigen und zukünftigen Leistungen gemacht ist, können auch rückständige Leistungen nicht gepfändet pp. werden.

Bei sämtlichen Schriftstellern[4]) wird nun die selbstverständliche Schlußfolgerung, daß, falls die Frau den Unterhalt in erster Linie zu gewähren hat, sie unter den Voraussetzungen des § 1585 vom Manne einen Beitrag zu den Unterhaltskosten verlangen kann, mit Begründung verworfen, ein diesbezüglicher Antrag sei von der zweiten Kommission ausdrücklich abgelehnt. Dies letztere ist aber nicht richtig. Vielmehr ist der Sachverhalt folgender: Vor der zweiten Kommission[5]) war zu 1606 Abs. 2 ein Abänderungsantrag dahin gestellt worden, daß der Vater nur insoweit vor der Mutter haften solle, als die Erträgnisse der Nutzung zur Gewährung des Unterhalts nicht ausreichten. Dieser Antrag wurde abgelehnt. Wenn nun

[1]) Staudinger 5, Schmidt 7a zu 1585, Davidson S. 171, Toop S. 38.
[2]) Bayr. OLG im Recht 9 S. 79 und Sauer S. 656, wie hier Staudinger 6a u. Schmidt 7b zu 1585.
[3]) Davidson 172. Schmidt 7c zu 1585.
[4]) Schmidt 3, Planck 3, Staudinger 1 zu 1585, Davidson S. 170, Toop S. 39, Patek S. 55.
[5]) Prot. IV S. 485/86.

daraus von den genannten Schriftstellern[1]) (Erler tut dies ausdrücklich) geschlossen wird, daß damit ein Antrag auf Feststellung der Beitragspflicht des Vaters abgelehnt sei, so muß diese Schlußfolgerung allerdings überraschen. Denn bei sinngemäßer Auslegung wollte der Abänderungsantrag doch nur sagen, daß der Vater immer in erster Linie haften solle, und die Mutter, wenn sie die Nutznießung habe, nicht prinzipiell, sondern nur so weit die Nutzungen gingen. Auch ist weiter nicht einzusehen, inwiefern die Ablehnung eines Antrags nach § 1606 auf die Auslegung des § 1585 von Einfluß sein sollte. Gerade die Begründung des Abänderungsvertrages von 1606 besagt ausdrücklich, daß es sich zwischen den beiden angezogenen Paragraphen um ganz verschiedenartige Bestimmungen handle, während die eine das Innenverhältnis der früheren Ehegatten betreffe, handele die andere vom Verhältnis der Eltern zu ihren Kindern.

Gegen eine Ausdehnung des § 1585 auf die Beitragspflicht des Mannes gegenüber der Frau mag allerdings vorgebracht werden, daß der Gesetzgeber ausdrücklich nur von einer Beitragspflicht der Frau rede. Hiergegen ist zu sagen, daß die Haftung des Mannes und die Beitragspflicht der Frau die Regel bildet und darum nur vom Gesetzgeber behandelt ist, während der umgekehrte Fall als etwas Selbstverständliches nicht erwähnt ist. Man darf in einem solchen Falle nicht den Fehler machen und sagen, der Gesetzgeber bestimmt an manchen Stellen auch etwas Selbstverständliches und weil dies hier ausdrücklich nicht geschehen ist, wollte der Gesetzgeber eine, wenn auch vielleicht naheliegende Schlußfolgerung nicht zulassen. Hat also die Frau die Nutznießung am Vermögen ihres Kindes, so hat sie auch dem Manne gegenüber unter den Voraussetzungen des § 1585 einem Anspruch auf Beitragsleistung zum Unterhalte des Kindes.

Im allgemeinen ist es für die Bestimmung des § 1585 gleichgiltig, welchem Elternteil die Sorge für die Person des Kindes zusteht. § 1585 Abs. 2 macht jedoch davon insofern eine Ausnahme, als er der Frau, wenn ihr die Sorge für die Person des Kindes zusteht, unter der Voraussetzung, daß eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts des Kindes zu besorgen ist, ein Zurückbehaltungsrecht an den Unterhaltsbeträgen zugesteht. Wann der Frau die Sorge für die Person des

[1]) Vgl. S. 129 Anmerk. 2.

Kindes zusteht, bestimmt § 1635 bezw. überläßt dieser Paragraph es der Bestimmung des Vormundschaftsgerichtes. Für die zweite Voraussetzung ist darauf hinzuweisen, daß eine „Gefährdung" des Unterhalts verlangt wird, keine „Beeinträchtigung". Wann eine solche Besorgnis vorliegt, darüber entscheidet das richterliche Ermessen im Einzelfalle.[1]) Beide Voraussetzungen aber müssen gleichzeitig gegeben sein, ist nur eine vorhanden, so entsteht kein Zurückbehaltungsrecht. Darin kann, wie Opet[2]) hervorhebt, eine Benachteiligung der Frau liegen, da sie trotz Beitragsleistung gezwungen wird, das Kind noch einmal zu alimentieren.

Im Prozeß wird dies Zurückbehaltungsrecht im Wege der Einrede geltend gemacht. Doch kann auch unter den Voraussetzungen des § 767 ZPO. eine Klage im Zwangsvollstreckungsverfahren die Durchführung des Zurückbehaltungsrechtes sichern.[3])

Die in § 1585 Abs. 1 geregelte Beitragspflicht unterliegt der vertragsmäßigen Begrenzung, da sie keine Unterhaltsforderung ist und somit § 1614 nicht untersteht. Ein Verzicht kann formlos ausgesprochen werden. Jedoch finden auch hier solche Vertragsabreden leicht ihre Grenzen in § 138 BGB.

Abs. 2 kann jedoch nicht durch Vertrag abgeändert werden, da ein Verzicht auf das Zurückbehaltungsrecht das Unterhaltsrechts der Kinder beeinträchtigen könnte und somit nach § 1614 nichtig sein würde.[4])

§ 1585 gilt an sich für die Zeit nach der rechtskräftigen Ehescheidung, doch kann er durch den Richter nach § 627 ZPO. im Wege der einstweiligen Verfügung auf die Zeit während des Scheidungsprozesses ausgedehnt werden.[5])

C. Unterhaltsrecht der geschiedenen Ehegatten im Verhältnis zu ihren Verwandten.

Im Kreise der Verwandten nehmen die Ehegatten auch noch nach der Scheidung den ersten Platz beim Unterhaltsanspruch ein. Dies gilt sowohl für den Fall ihrer Berechti-

---

[1]) Schmidt 8 b zu 1585, Davidson S. 173.
[2]) Opet 3 zu 1585.
[3]) Davidson 7 S. 172/173.
[4]) Im Ergebnis gleich Staudinger 9. Schmidt zu § 1585.
[5]) Staudinger 12, Schmidt 10, Planck 16 zu § 1585, Davidson S. 172.

gung (§ 1609) als auch für den Fall ihrer Verpflichtung (1608). Da jedoch nach § 1603, 1607, 1608 aus der Reihe der Unterhaltspflichtigen derjenige ausscheidet, der durch die Unterhaltsleistung seinen standesmäßigen Unterhalt gefährden würde, und an seine Stelle der nächstfolgende Verwandte tritt, so braucht sich auch der unterhaltspflichtige, geschiedene Ehegatte nicht die Beschränkungen des § 1579 aufzuerlegen, wenn der Berechtigte leistungsfähige Verwandte hat. Dies ist wiederholt in der Praxis[1]) entschieden worden, es ist aber niemals dabei in Rücksicht gezogen worden, daß der nach § 1578 Verpflichtete nur soweit sich den Beschränkungen des § 1579 entziehen kann, als die leistungsfähigen Verwandten des Berechtigten zum Unterhalt desselben verpflichtet sind. Verpflichtet sind diese aber nach den allgemeinen Vorschriften nur dann, wenn der Berechtigte außerstande ist, sich selbst zu unterhalten (§ 1603). Diese Voraussetzung ist aber z. B. bei dem zum Unterhalte verpflichteten Manne nach den §§ 1578, 79 nicht vorhanden. Er hat vielmehr die Frau auch dann zu alimentieren, wenn diese sich zwar durch Arbeits- oder Erwerbsverdienst unterhalten kann, eine solche Erwerbsart aber nach den früheren, ehelichen Verhältnissen nicht üblich war. Es muß darum gesagt werden, daß, so weit die Unterhaltsbedürftigkeit nach den §§ 1578, 79 früher eintritt als die nach § 1602 der unterhaltspflichtige, geschiedene Ehegatte die Beschränkungen des § 1579 nicht durch Berufung auf die Leistungsfähigkeit der übrigen Verwandten des Berechtigten beseitigen kann. Dieser Unterschied in den Voraussetzungen nach den §§ 1578, 79 einerseits und § 1602 andererseits fällt jedoch weg, wenn man mit Walter[2]) außer der subsidiären Unterhaltspflicht der Verwandten aus § 1601 ff. noch eine weitere aus § 1578, 1580 III und 1607 konstruiert. Die Möglichkeit eines solch doppelten Unterhaltsanspruches ist jedoch durch nichts gefertigt und sie führt auch insofern zu einem unbilligen Ergebnis, als dadurch die geschiedene Frau ohne ersichtlichen Grund erheblich bevorzugt würde. Sie würde durch diese Annahme besser gestellt werden als die minderjährigen, unverheirateten Kinder. Das liegt aber nicht im Sinne des Gesetzgebers. Wir werden darum annehmen müssen, daß es sich bei der Nennung des § 1607 in § 1580 um ein Versehen der Redaktion handelt.[3]) § 1607

[1]) JW. **04** S. 176, **07** S. 835/836, SA. Bd. **59** S. 328.
[2]) Walter S. 72/73.
[3]) So Ubbelohde in Jherings Jahrbüchern **38** S. 215/216.

ist überflüssig, auch sein Absatz 2,[1]) da § 1608 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 ihn schon für geschiedene Ehegatten für entsprechend anwendbar erklärt.

§ 1607 Abs. 2 setzt nämlich den Fall, daß die Rechtsverfolgung gegen den Verpflichteten im Inlande ausgeschlossen oder erheblich erschwert ist, dem des § 1603 Abs. 1 gleich. Es tritt also auch bei dieser erschwerten Rechtsverfolgung die Unterhaltspflicht der anderen Verwandten ein, freilich mit der bemerkenswerten Modifikation, daß auf den Verwandten, der auf solche Weise zum Unterhalte herangezogen wird, der Unterhaltsanspruch des Berechtigten gegen den verpflichteten, geschiedenen Ehegatten übergeht. Dieser Übergang des Unterhaltsanspruches auf den subsidiär Verpflichteten ist aber nur für diesen besonderen Fall normiert und darf nicht etwa, da 1607 im § 1580 III genannt ist, allgemein auf den Eintritt eines Verwandten in die Unterhaltspflicht nach § 1578 ff. ausgedehnt werden.[2]) Denn im Falle der erschwerten Rechtsverfolgung übernimmt der Verwandte die Erfüllung einer fremden Verbindlichkeit, während er im übrigen nur seine eigene Verpflichtung nach § 1601 ff. erfüllt.

Wenn der Berechtigte jedoch gemäß § 1611 BGB. vom verpflichteten Gatten nur den notdürftigen Unterhalt verlangen kann, darf er nicht etwa wegen des am standesmäßigen Unterhalts fehlenden seine Verwandten in Anspruch nehmen.[3])

Andererseits ist es nicht als ein sittliches Verschulden anzusehen, wenn der Berechtigte auf den Unterhaltsanspruch gegen den verpflichteten Gatten verzichtet und nun seine Verwandten in Anspruch nimmt.[4])

Wenn mehrere minderjährige, unverheiratete Kinder mit volljährigen Kindern und dem geschiedenen Ehegatten mit dem Unterhaltsanspruch beim Verpflichteten konkurrieren, dieser aber alle Ansprüche nicht zu befriedigen vermag, dann sollen nach Lotz[5]) die volljährigen Kinder, wenn auch mit einem geschmälerten Anteil, am Anspruch gegen den Verpflichteten teilnehmen. Das ist nicht richtig. Nach § 1609 Abs. 2 und § 1579 Abs. 1

[1]) AA. Toop S. 27, Schmidt 4a zu 1580.

[2]) So Patek S. 46, Toop S. 27/28, Schmidt 4a zu 1580, wie hier Planck 3 zu 1608, Lotz S. 87, Scheppler S. 37.

[3]) Toop S. 27, Scheppler S. 40, Staudinger 3e zu § 1580 und Davidson S. 144.

[4]) Walter S. 73, Toop S. 40.

[5]) Lotz S. 90.

S. 2 gehen die minderjährigen Kinder und der geschiedene Ehegatte den volljährigen Kindern vor. Darnach hat der Pflichtige diesen unter der Voraussetzung des § 1603 keinen Unterhalt mehr zu gewähren.[1])

Schließlich ist noch zu erwähnen, daß der geschiedene Vater, wenn er mit seiner Unterhaltsleistung an sein Kind seinen standesmäßigen Unterhalt gefährdet, diesen Unterhalt in Vertretung des Kindes von der wohlhabenden Mutter nicht verlangen kann. Denn nach § 1603 Abs. 2 hat er alle verfügbaren Mittel für seinen und seines Kindes Unterhalt zu verwenden und er kann sich nicht an die Mutter wenden, da diese nicht zu den anderen „Verwandten" des § 1603 zählt.[2])

---

[1]) Wie hier Planck 4 zu 1609 und Staudinger 4 zu § 1609 und Scheppler S. 38.

[2]) OLG. 6 S. 167/168.